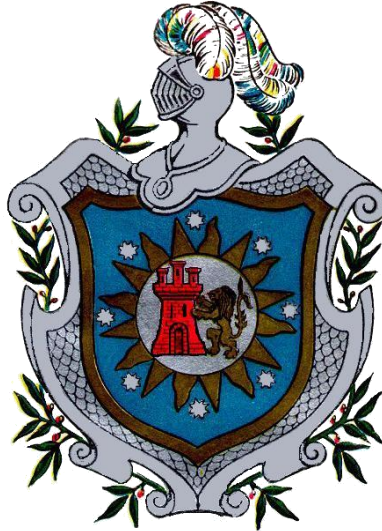


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.



Monografía para optar al título de Licenciado en Derecho.

**“ASPECTOS GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA
EN SERES HUMANOS Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN
LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE”**

ELABORADA POR:

BR. Myrian del Socorro Velásquez Chavarría.

BR. Salvador Esteban Silva Conrado.

BR. Magalys Noelia Quiñones Jarquín.

TUTOR:

DR. DENIS IVAN ROJAS LANUZA.

Septiembre, año 2016.

“A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD”

DEDICATORIA

A Dios por guiar mis pasos y ayudarme a superar los obstáculos que se me presentaron a lo largo del camino y mantener con vida a mis queridísimos padres: Luis Velásquez y Emilia Chavaría a pesar de su avanzada edad.

Al Dr. Manuel Antonio Sacasa Lejarza, quien me inspiró y motivó para estudiar esta linda carrera de Derecho, ya que él también la estudio como segunda carrera.

A mis hijos que siempre estuvieron dándome ánimo para estudiar y esforzarme, gracias Ingrid Alejandra, Federico Roberto, Blanca Virginia y Ángeles Maria.

Quiero dedicar también este logro a todos mis compañeros de grupo, testigos de mis triunfos y fracasos.

Myrian del Socorro Velásquez Chavarria.

DEDICATORIA

A Dios, nuestro Señor, por darme la vida. Por haberme brindado sabiduría, entendimiento y fortaleza a lo largo de estos años para lograr éxito en mis Estudios.

A mi familia por haberme apoyado en todo momento y por la motivación constante que me han permitido llegar hoy a culminar mi carrera, pero más que nada, por todo su amor que siempre me han brindado.

Salvador Esteban Silva Pomrado.

DEDICATORIA

Primeramente a Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud, ser el manantial de vida y dármele necesario para seguir adelante día a día para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi madre por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor.

A mi padre por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

A mi hermana por ser el ejemplo de una hermana mayor y de la cual aprendí aciertos y de momentos difíciles y a todos aquellos que ayudaron directa o indirectamente a realizar este documento.

A mis maestros por su gran apoyo y motivación para la culminación de nuestros estudios profesionales, por su apoyo ofrecido en este trabajo, por haberme transmitidos los conocimientos obtenidos y haberme llevado pasó a paso en el aprendizaje.

Magaly Noelia Quiñonez Jarquín .

AGRADECIMIENTOS.

Agradecemos primeramente a Dios sobre todas las cosas, por darnos fortaleza y la constancia de llegar hasta esta etapa de nuestras vidas y culminar nuestra carrera profesional.

Agradecemos de forma especial a nuestro Maestro - Tutor - Dr. DENIS IVAN ROJAS LANUZA, quien nos orientó, aconsejó, guió y a su vez compartió su tiempo, experiencia, conocimientos, para el desarrollo y culminación de nuestro trabajo monográfico.

A todos nuestros maestros que nos dieron lo mejor de cada uno de ellos pero sobre todo a aquellos que nos tocaron nuestros sentimientos.

A nuestra Universidad y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNAN-León, que mediante sus autoridades y docentes nos brindaron una sólida formación universitaria y lograron que culmináramos con éxito una más de nuestras metas académicas.

Y a todas las personas que de una u otra manera colaboraron para la culminación de nuestro tema.

**“ASPECTOS GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA
EN SERES HUMANOS Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN
LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE”**



ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO I: ASPECTOS HISTÓRICOS Y CONCEPTUALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS | 8 |
| 1.1.-Reseña histórica de la reproducción asistida..... | 8 |
| 1.2.-Reseña histórica de la maternidad subrogada | 12 |
| 1.3.-Teorías sobre la protección de la vida en su desarrollo | 17 |
| 1.4.- Concepto de esterilidad | 19 |
| 1.5.- Concepto de infertilidad | 19 |
| 1.6.- Concepto técnicas de reproducción humana asistida | 21 |
| 1.6.1.- Técnicas de reproducción asistida intracorpóreas | 21 |
| 1.6.1.-La inseminación homóloga..... | 21 |
| 1.6.2.-Existe inseminación artificial heteróloga | 21 |
| 1.6.3.-La fecundación in vitro..... | 22 |
| | |
| CAPITULO II ASPECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS | 23 |
| 2.1.- El Régimen jurídico de la reproducción asistida..... | 23 |
| 2.2.- La Reproducción Asistida y el Derecho de Familia..... | 27 |
| 2.3.- Responsabilidad derivada de la gestación por sustitución..... | 28 |
| 2.4.- El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996)..... | 30 |
| 2.5.- Resolución del parlamento europeo del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la donación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana..... | 31 |
| 2.6.- La desnaturalización del proceso natural de la maternidad | 31 |
| 2.7.- El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución | 32 |
| | |
| CAPITULO III ASPECTOS MATERIALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN SERES HUMANOS Y EL DERECHO A LA VIDA | 34 |
| 3.1.- La dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral | 34 |
| 3.2.- El impacto psicológico | 35 |
| 3.3.- Incumplimiento de la normativa sobre adopción | 35 |



| | |
|--|----|
| 3.4.- Los problemas de carácter ético o legal | 36 |
| 3.5.- Análisis de los proyectos de ley en los distintos países, sobre técnicas de reproducción asistida en seres humanos | 37 |
| 3.6.- El derecho reproductivo de los seres humanos y la normativa internacional..... | 40 |
| 3.7.- Principales experiencias sobre la gestación por sustitución en el Derecho Comparado | 42 |
| 3.8.- Las Prohibiciones a la maternidad subrogada y nuestro punto de vista. | 42 |
| 3.9.- Países europeos en los que la gestación por sustitución es ilegal | 43 |
| 3.10.- Países europeos y de Asia en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista | 46 |
| 3.11.- Países del continente Americano en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista..... | 56 |
| | |
| CONCLUSIONES | 73 |
| | |
| RECOMENDACIONES | 75 |
| | |
| FUENTES DEL CONOCIMIENTO | 77 |



INTRODUCCIÓN

El avance experimentado en las ciencias de la vida y de la medicina ha impulsado los modernos adelantos y descubrimientos científicos y tecnológicos que ha propiciado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la infertilidad y esterilidad.

Los importantes descubrimientos Científicos e Innovaciones técnicas y tecnológicas afectan de manera sensible las relaciones humanas, las estructuras sociales, económicas, culturales y, en gran medida, la forma en la cual el Derecho debe solucionar los nuevos problemas ocasionados por las aportaciones de la biología, la medicina y las nuevas tecnologías.

Por un lado, se hace evidente la posibilidad de mejorar la calidad de vida, utilizando de manera progresiva y objetiva los avances científicos en la medicina en beneficio del ser humano y el Derecho.

Sin embargo, se presenta el inminente riesgo de la manipulación genética y una versión moderna de la teoría del determinismo biológico, en detrimento de la dignidad humana presente y de las generaciones futuras.

El avance de la tecnología, que provoca y trasciende hasta en las relaciones sexuales y más específicamente en la reproducción de los seres humanos, en el siglo pasado poco tiempo atrás, la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

Actualmente la reproducción asistida, confines procreativos, permite la procreación asistida, mediante la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Todo esto, era impensable no hace mucho tiempo.



El proceso de reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre las parejas, somos los llamados a reproducir nuestra especie a través de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, Pero también puede, la reproducción humana no ser producto del acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por un personal cualificado (en el ejercicio de la medicina).

La reproducción humana asistida, repercute en el Derecho y en la realidad biológica en los seres humanos, en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del Derecho de familia.

El objetivo de la aplicación de estas técnicas es corregir los problemas de esterilidad e infertilidad y permitir la procreación, pero también se ha usado con fines terapéuticos para evitar que nazcan niños con enfermedades o para curar diferentes tipos de enfermedades.

Consecuentemente, según nuestras leyes nicaragüenses constituyen delito tipificado en el Código Penal ley 641 la manipulación genética y la clonación de células (art 146), de las lesiones al que está por nacer (art 148) de las lesiones imprudente al que está por nacer art (149) el aborto (art 143), aborto imprudente (art 144) aborto sin consentimiento (art 145) pero no menciona la tipificación del delito de reproducción asistida como tal.

Aunque el Artículo 74 de nuestra Constitución política de Nicaragua nos menciona que el estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana y El artículo 34 del Código de la Niñez y Adolescencia ley 287 de la republica de Nicaragua, establece que el Estado debe disponer de Políticas de



atención prenatal, perinatal y postnatal para la mujer embarazada, garantizando la protección a la niñez. Este mismo Código contiene el principio de protección de la vida, que es el bien social más importante, El artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, expresa: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho intrínseco a la vida desde su concepción y a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia, desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna".

Por ejemplo, el diagnóstico genético prenatal es posible a partir del segundo trimestre de vida, lo que permite conocer la existencia de las enfermedades hereditarias en el feto, como el síndrome de Down, aunque todavía no se ha logrado corregir disfunciones hereditarias en el feto.

Ante el problema de la infertilidad y esterilidad que enfrentan algunas parejas, el mundo científico para enfrentarlo y solucionarlo ha desarrollado una serie de avances que se han traducido en las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, entre las cuales las más conocidas son la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

Estas técnicas han avanzado de manera asombrosa de tal manera que se nos presenta el problema del desarrollo y perfeccionamiento de una raza o del hombre, lo que choca con la moral lo jurídico y la ética religiosa para algunos estudiosos.

En general, existe la impresión de que cada vez el número de parejas estériles es mayor, aunque más que ante un aumento de la patología causante de la



esterilidad, nos hallamos ante un contexto clínico diferente respecto a décadas anteriores.

Las técnicas de reproducción humana asistida constituyen una alternativa de acceso a la paternidad para las parejas infértiles mediante el uso de material genético procedente de donantes, y/o en el caso de la gestación por sustitución, objeto de estudio a través del presente trabajo, puede constituir una vía alternativa, al objeto de disfrutar de la maternidad evitando los problemas profesionales o estéticos que pueden derivarse de la misma.

No cabe duda, de que la reproducción asistida constituye un tema de actualidad, Las mujeres sin útero, las parejas que se han sometido sin éxito a técnicas de fecundación y los hombres solteros constituyen los principales perfiles que recurren a la reproducción asistida o a la gestación por Sustitución, ésta práctica expresamente no está regulada por nuestro ordenamiento jurídico.

Entre las preguntas de la investigación, destacamos: ¿Es suficiente el abordaje doctrinario con su correspondiente aplicación de la figura de reproducción asistida en países desarrollados y en vías de desarrollo?, ¿Cuál es el abordaje moral de la implementación de la reproducción asistida en seres humanos?

El presente tema monográfico tiene por objetivo principal analizar la reproducción asistida en seres humanos y la necesidad de su regulación en nuestra legislación nicaragüense, siendo objetivos específicos: Analizar la reproducción asistida en seres humanos y como se ha desarrollado en algunos países en donde existe su regulación, su aplicación en el Derecho Comparado y en especial en nuestro ordenamiento jurídico, el segundo objetivo proyecta



determinar el marco jurídico internacional de la reproducción asistida en seres humanos y como tercer y último objetivo específico que está relacionado con identificar los aspectos materiales de la reproducción asistida en seres humanos y el derecho a la vida.

El análisis jurídico que realizaremos no será un abordaje de un tema de Biotecnología o Biomedicina sino la repercusión que dicha técnica está causando o puede causar en los ordenamientos jurídicos, y especialmente como está nuestro ordenamiento jurídico, si hay repercusiones en dichos tipos de derechos y si hay necesidad de ir ajustándonos a las legislaciones que lo regulan.

El tipo de investigación es dogmática jurídica, puesto que concebimos el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, lo cual supuso descontar todo elemento fáctico o real que se relacionara con la institución en cuestión. Los métodos de interpretación fueron analítico sintético y el jurídico comparado. En el primer caso realizamos un abordaje a profundidad de las principales fuentes descomponiendo el fenómeno y analizándolo desde sus diferentes aristas para poder sintetizar nuestras ideas planteadas en los objetivos de nuestra investigación y en segundo método, comparamos en el espacio la legislación internacional respecto del tema abordado. La técnica utilizada fue la documental para la recopilación de información.

Las fuentes de investigación que se utilizó para esta investigación monográfica, a la cual hacemos mención en primer lugar, dentro de las primarias se mencionan: Constitución Política de Nicaragua, los Convenios y Tratados internacionales algunos ratificados por Nicaragua, leyes y sus



reformas, como fuentes Secundarias: Las opiniones de juristas, doctrina encontradas en artículos impresos explicativos sobre el tema, en estudio, y entre las fuentes terciarias, también se hizo uso de documentos electrónicos, páginas webs, diccionarios e informes especializados entre otros.

Este trabajo está dividido en tres capítulos: en el primer **Capítulo I**: Se abordan los aspectos históricos y conceptuales: Reseña histórica de la reproducción asistida, de la maternidad subrogada, las Diversas teorías sobre la protección de la vida en su desarrollo, Concepto de esterilidad, de infertilidad, técnicas de reproducción humana asistida, Técnicas de reproducción asistida extracorpóreas, hasta nuestros días, en el **Capítulo II** tenemos el Marco jurídico El Régimen jurídico de la reproducción asistida, La reproducción asistida y el Derecho de familia, la Responsabilidad derivada de la gestación por sustitución, El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, La Resolución del parlamento Europeo del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana, La desnaturalización del proceso natural de la maternidad, y el ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución, y en el **Capítulo III**: Se hace mención de los aspectos procedimentales importantes del derecho a la vida y la reproducción asistida, la dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral, el impacto psicológico, Incumplimiento de la normativa sobre adopción, los problemas de carácter ético o legal, Análisis de los proyectos de ley en los distintos países, sobre técnicas de reproducción asistida en seres humanos, El derecho reproductivo de los seres humanos y la normativa internacional, Principales experiencias sobre la gestación por sustitución en el Derecho Comparado, Las Prohibiciones a la maternidad subrogada y nuestro punto de vista, Países



Europeos en los que la gestación por sustitución es ilegal, Países Europeos en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista, Países del continente americano en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista, y las Conclusiones, Recomendaciones y la Bibliografía.



CAPITULO I: ASPECTOS HISTORICOS Y CONCEPTUALES DE LA REPRODUCCION ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS.

1.1.-Reseña histórica de la reproducción asistida.

La primera reseña de reproducción asistida en nuestros tiempos fue el de una niña inglesa llamada Louise Joy Brown nacida el 25 de julio de 1978 en Oldham, al norte de Inglaterra, con un peso de dos kilos y 61 gramos, el resultado de un procedimiento ahora común llamado fertilización in vitro, fue el primer caso de los que la prensa en ese entonces bautizó como “bebés probeta¹”.

Su nacimiento, normal y saludable, se entendió en aquel momento como un triunfo de la ciencia, aunque otros objetaron lo “innatural” del procedimiento. Fue la culminación de un trabajo de ocho años del médico y fisiólogo Robert Edwards y el doctor Patrick Steptoe², pioneros británicos en la técnica de unir un espermatozoide y un óvulo para obtener un cigoto en laboratorio e implantarlo en un útero humano, después de muchos intentos ellos habían logrado la fertilización pero sin conseguir que el embrión pudiera implantarse en el útero y vivir³.

El nacimiento en Inglaterra en 1978 del primer "bebé probeta" constituyó un momento culminante para la ciencia. A partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de esta y otras técnicas de reproducción asistida.

¹Bebés Probetas: Término popular que se aplica a los niños nacidos tras la fertilización in vitro utilizando un óvulo procedente de la madre. Tras la fertilización, el cigoto se coloca en el útero materno para que se desarrolle con normalidad.

²STEPTOE, fundador y primer presidente de la British Fertility Society en 1974, había inventado el Laparoscopia, instrumento útil para examinar los órganos reproductivos femeninos.

³ BERNALES ALVARADO, MANUEL y otros. Biótico compromiso de todos 2003 Ediciones. Disponible en www.dirac@fcien.edu.uy. Consultado el 22/04/2016



El matrimonio Brown visitó a los médicos en su clínica de Oldham (cerca de Manchester) porque la señora no podía quedar embarazada; en 1977 el embrión, producto de las células sexuales de los cónyuges, fue implantado y siguió su desarrollo: en julio 1978 nació Louise Brown.

En julio 2003 el 25° cumpleaños de Louise Brown se festejó en los jardines de la clínica Bourn Hall –cerca de Cambridge– fundada en 1980 por Edwards & Steptoe; asistió un millar de personas, progenitores e hijos que debían esa condición a la fertilización in vitro; también estuvo Edwards (de 78 años), pero Steptoe había fallecido en 1988 (a los 75 años).

En el año 1964, en las recomendaciones del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya, se planteaba que las leyes nacionales reconocieran el aborto legal y la posibilidad de la inseminación artificial con el consentimiento de los esposos.

En 1979 nació Alastair Macdonald, primer varón “de probeta” cuya madre había pasado anteriormente por una experiencia de implante fracasado. En 1982 el matrimonio Brown tuvo una segunda hija, Natalie, quien sería luego, en 1999, la primera mujer “de probeta” en ser madre (de una niña, Casey, concebida “naturalmente”, al igual que su hermano Christopher en 2001).

Mientras, el procedimiento se extendía: en 1981 nació el primer bebé (niña) estadounidense mediante fertilización in vitro, y en 1982 el primer francés (una niña). No hay cifras confiables sobre la cantidad total de bebés nacidos mediante fertilización in-vitro (FIV), aunque alcanzan seguramente a varias decenas de miles (hay quien menciona más de un millón).



La fertilización in vitro es un método de alta complejidad y consiste en extraer los óvulos de la mujer para fecundarlos con los espermatozoides del padre. Este procedimiento se realiza en un laboratorio especializado, el cual es conducido por biólogos especialistas en el manejo de células.

Las parejas candidatas a la fertilización in vitro son aquellas en las cuales la mujer tiene las trompas de Falopio obstruidas o demasiado alteradas y es imposible repararlas. También cuando el hombre tiene baja cantidad, movilidad y morfología en los espermatozoides. Además, se suman las parejas infértiles con causa desconocida.

En Nicaragua hay más de 200 niños concebidos mediante la fecundación in vitro al compararla con la de Honduras, donde solo en el Centro de Medicina Reproductiva se hacen 80 procedimientos de ese tipo y 150 de inseminación artificial al año⁴.

Por el contrario, en Costa Rica se abrió un fuerte debate por la fertilización in vitro, que dio un paso importante cuando el gobierno emitió un decreto para reglamentar ese procedimiento.

Pero desde el año 2005, Nicaragua avanzó enormemente ya que pasó de la inseminación artificial hasta la in vitro”, explicó el médico Juan José Lugo, especialista en reproducción y director del Centro de Fertilidad de Nicaragua.

⁴Nicaragua ya cuenta con el Centro de Fertilidad que dirige el doctor Juan José Lugo, especialista en reproducción y director del Centro de Fertilidad de Nicaragua, para que las parejas logren concebir a través de los diferentes tratamientos y los procesos de reproducción asistida. El doctor Lugo comenta "En la inseminación artificial ponemos espermatozoides, pero en la fertilización in vitro ponemos bebés”.



Según Lugo, en Nicaragua existen al menos 200 niños concebidos mediante la fecundación in vitro⁵.

Es complejo y costoso, por lo que es preciso fecundar muchos óvulos e implantar varios embriones (dos, tres o cuatro, pues menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo y más de cuatro se corre el riesgo de embarazos múltiples), bajo el riesgo de múltiples embarazos, abortos y partos prematuros. Además, se pierden embriones⁶.

La transferencia al útero de embriones producidos in vitro se denomina FIV. Esta técnica ha permitido que surja otra conocida como FIVTIG (transferencia intrauterina de gametos), en virtud de la cual durante la misma operación de extracción de óvulos se depositan éstos junto con el semen en las trompas de la mujer.

Aparece también el llamado "diagnóstico pre-implantacional⁷". En la fecundación in vitro se podría hacer el análisis genético de los embriones y seleccionar los que no tienen defectos o malformaciones. Este diagnóstico también permitiría detectar y escoger el sexo, la raza y ciertas características

⁵ Ídem.

⁶GAFO, JAVIER; "Diez Palabras claves en Bioética", p. 174. Al respecto véase también: Polaino-Lorente, Aquilino (dirección editorial) "Manual de Bioética general", EDICIONES RIALPS, Madrid, 1994., p. 209 y siguientes.

⁷VIDAL MARTÍNEZ, J. "La regulación de la reproducción humana asistida...", Pág. 119-120.

El diagnóstico genético pre-implantacional consiste en el estudio del ADN de pre-embriónes humanos obtenidos por técnicas de fecundación in vitro con el objeto de seleccionar, antes de ser transferidos al útero materno, aquellos que cumplen determinadas características y/o eliminar aquellos que portan algún tipo de defecto congénito. Es una práctica que se basa en una técnica de reproducción humana asistida (FIV) pero que está desvinculada del problema de infertilidad, pudiendo acceder a las mismas parejas fértiles. La indicaciones más frecuentes de esta técnica son: la evitación del nacimiento de niños con enfermedades hereditarias graves; la reproducción de mujeres de edad materna avanzada y de mujeres propensas a sufrir abortos naturales; o la elección de las características del bebé, bien con el objeto de crear niños al gusto y a la medida mediante la selección de características tales como el sexo, el color de los ojos o el color del cabello, finalidad expresamente prohibida en España, bien con el objeto de ayudar a un tercero como donante. En el primer caso estaríamos aludiendo a los comúnmente denominados "bebés a la carta" o "bebés de diseño" y en el segundo caso a los denominados "bebés medicamento"



físicas del nuevo ser, seleccionando y descartando embriones, también se usan células madres embrionarias para curar enfermedades, reemplazar tejidos dañados, etcétera.

En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en los Ángeles (EEUU) por Buston⁸.

Todo esto ha traído como consecuencia que en los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieran numerosos problemas éticos-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que regulen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso, el derecho a la vida.

1.2.-Reseña histórica de la maternidad subrogada.

Las primeras manifestaciones de la gestación por sustitución, se dieron en tiempos antiguos de forma natural, y se halla en la Biblia⁹ y el Código de Hammurabi¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, la historia de la maternidad

⁸ Ídem.

⁹De conformidad con el capítulo 16 del Génesis “Saray, esposa de Abram, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. y dijo Saray a Abram: «Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella.» Abram hizo caso a las palabras de su esposa”. Por su parte, señala el capítulo 30 del Génesis que “Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, se puso celosa de su hermana y dijo a Jacob: «Dame hijos, porque si no, me muero.» Entonces Jacob se enojó con Raquel y le dijo: «Si Dios te ha negado los hijos, ¿qué puedo hacer yo?». Ella le contestó: «Aquí tienes a mi esclava Bilá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así tendré yo también un hijo por medio de ella.»

¹⁰ Las Leyes 144 a 146 del Código de Hammurabi, creado en el año 1760 a.c. (según la cronología media) por el rey de Babilonia Hammurabi, señalan lo siguiente: Ley 144: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más (*suggetum*). Ley 145: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer (*suggetum*), tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría. Ley 146: Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.



subrogada según memorias modernas y mejor documentada comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración, posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas.

Concretamente, el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado con empleo de inseminación artificial fue negociado y redactado por el abogado estadounidense Noel Keane en 1976, creando la Surrogate Family Service Inc con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación.

El vientres de alquileres el procedimiento, por medio del cual, luego de realizar la fertilización in vitro, en lugar de colocar los embriones en el útero de la mujer que desea ser madre, se colocan en el útero de una mujer¹¹, que voluntariamente ha decidido alquilar su vientre, todavía no se encuentra permitido en Nicaragua, pero si es muy utilizado en algunos países del mundo. Este procedimiento es llevado a cabo, cuando la mujer no puede llevar adelante un embarazo, por distintas razones, como, por ejemplo, cáncer de útero o ausencia del mismo.

Actualmente, y desde el punto de vista de quien aporte el material genético podemos distinguir entre:

¹¹ SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”, Revista doctrinal Aranzadi Social, nº 9, 2013, pp. 223-244.



A) Subrogación tradicional (o parcial), en la cual la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el esperma de la persona que contrata o de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el esperma de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica;

B) Subrogación gestacional (o plena) en la cual la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante fecundación in vitro, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica con gametos de la pareja contratante o gametos de donante.

Desde el punto de vista económico podemos distinguir según la madre de alquiler actúe por solidaridad y de forma altruista o bien medie contraprestación económica.

El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución constituye uno de los aspectos más criticados en tanto que pueda derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica.

Supone en definitiva una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.



Desde el punto de vista de los derechos humanos la persona no puede ser objeto de comercio. Consecuentemente el niño no puede ser objeto de transacción. En este sentido, la gestación por sustitución onerosa ha sido calificada como incompatible con la dignidad humana de la mujer al permitir la explotación del útero con fines de lucro y como degradante para el niño al amparar su intercambio por dinero.

Además, podría llegar a darse el caso de que accedieran a estas técnicas mujeres con el único objeto de evitar las repercusiones estéticas o profesionales que conlleva el embarazo¹².

En legislaciones extranjeras se ha contemplado la vigencia de los contratos o pactos de subrogación que contienen la manifestación de someterse a las técnicas científicas que conlleven maternidad subrogada o el préstamo de útero¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que la gestación por sustitución no es propiamente una técnica de reproducción humana asistida, sino una práctica que se apoya en la mismas, no podría calificarse como falta leve en tanto que el incumplimiento de cualquier obligación o transgresión de cualquier prohibición establecida en la Ley que no se encuentra expresamente tipificada como delitos grave o muy grave o falta.

Por la misma naturaleza de los mismos se contemplan en ellos dos situaciones para el caso particular:

¹² PERDOMO POLCINO, NELLY. La Procreación Médicamente Asistida y El Derecho de Familia en el Uruguay Actual." Revista de Derecho de familia. doctrina. N° 10. Uruguay. Año 1995. Páginas 123-139.

¹³En el supuesto de que se celebre un contrato de reproducción asistida (gestación por sustitución), conforme al código civil de Nicaragua se declarara la nulidad de una obligación, si la causa u objeto del contrato, es algo ilícito como en el caso del vientre de alquiler, y si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos.



- a) Pacto por el que una mujer se compromete a proporcionar su vientre hasta el momento del nacimiento del niño, la cual puede pertenecer o no al seno familiar.
- b) Acuerdo de entregar el niño a la pareja cuya mujer es estéril¹⁴.

Pero la efectividad de dichos contratos se cuestiona a partir de las deficiencias de conceptos, naturaleza y objeto mismo de la relación contractual, pues al darse el caso que la madre que ha dado a luz, se niegue a entregar el producto que ha llevado por nueve meses en su vientre, se dificulta la posibilidad de exigir el legal cumplimiento de tal acuerdo, que objetivamente fue otorgado en condiciones físicas, emocionales y materiales completamente diferentes a las que se presentan una vez acontecido el alumbramiento.

No es propio de los sistemas legislativos intervenir o mediar entre las partes otorgantes de un acuerdo que implique negociaciones sobre un ser humano, aunque hasta el momento en gran parte de los países de Europa, si bien no se han prohibido tajantemente los mismo, se ha mantenido una tendencia de evasión al no entrar en esencia a regular los efectos de los citados contratos o pactos de subrogación¹⁵.

Más sin embargo desde 1985 Inglaterra regula desde una ley especial los acuerdos o disposiciones de subrogación, con la única y expresa prohibición al mediar fines eminentemente lucrativos.

¹⁴ MATOS CUADRO, ELIZABETH; ALVAREZ BUIILLAS, SANDRA MARIT. "Aspectos Ético-legales de las tecnologías de reproducción humana". Revista Electrónica de estudios jurídicos.

¹⁵España en el Art. 10.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga la subrogación materna y disposición de los efectos filiatorios del producto obtenido mediante las técnicas.



En Noruega se niega implícitamente la Maternidad Subrogada a partir de prohibir la donación de embriones; se admite la fertilización in vitro, más se pronuncia que el gameto obtenido podrá ser implantado únicamente en la mujer de la cual haya procedido el óvulo original. Similares regulaciones operan en Suecia, donde la única variante es que si se admite la donación de embriones.

En relación al alquiler de vientres, mostraremos algunas interrogantes que pueden ser un problema ¿Quién es la madre del niño que nace a través de este procedimiento, la que aporta su material genético o quien lleva adelante el embarazo y el parto?, ¿Qué pasaría si después de dar a luz, la madre sustituta quiere conservar el bebe? ¿Qué derechos tendría sobre él?, ¿Sería válido, desde el punto de vista jurídico y ético, un contrato celebrado entre la pareja y la mujer que alquila su vientre, en el que la misma se compromete a entregar el bebe luego del parto y no intentar ningún tipo de vínculo con el mismo?

1.3.-Diversas teorías sobre la protección de la vida en su desarrollo.

Existen varias teorías sobre las etapas de protección del nasciturus en su desarrollo biológico:

-Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo.

La vida humana tiene su inicio desde la fecundación fuera o dentro del seno materno. La unión del óvulo y el espermatozoide crea una nueva vida, distinta de la de sus padres.

Con un patrimonio genético propio e irrepetible, se inicia una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo.



Esta teoría de la fecundación es seguida por la Iglesia católica, y protege la vida del cigoto, embrión y feto; es decir protege la vida del ser humano en toda sus etapas del desarrollo intrauterino hasta el nacimiento, no permitiendo el aborto, en cambio para las otras teorías que describimos adelante, mientras no se cumplan las condiciones que cada una exige, (el cigoto, embrión y feto) estos son simplemente una cosa o un bien y puede ser objeto de manipulación genética, y con esto abrir las puertas al aborto.

-Teoría de la anidación. Existe vida humana hasta que el cigoto se fija en la pared del útero, lo que se realiza a los catorce días de la fecundación. Se funda en dos argumentos: antes de esa fecha no existe individualidad que caracterice a la persona, ya que el embrión es susceptible de segmentación o desdoblamiento, como sucede con los gemelos monocigóticos; hasta este momento existe una relación entre la madre y el concebido.

En esta teoría encuentran las argumentaciones favorables los que piden la despenalización del aborto voluntario¹⁶, y los que apoyan el uso de anticonceptivos abortivos; por lo que muchos autores comienzan a inclinarse por esta teoría al momento de la anidación.

-Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central (recién a partir de quince a dieciséis días de la fecundación aparecen los rudimentos). La personalidad e individualidad se produce cuando principia

¹⁶ El primero de los argumentos a favor del aborto es el *fundamento* de la fecha fronteriza, sea tal o cual. Recalcando nuevamente que siempre se trata de una arbitrariedad, pareciera imponerse la idea de que sería a partir del día 14° que el producto de la concepción se transformaría en un ser humano, debido a tener ya visible o identificable el sistema nervioso. Pero tal como esta “justificación”, cabe cualquier otra, igualmente removible. Otro argumento es si sólo a partir del día 14° el producto de la concepción es un hombre, entonces es ahí la pregunta ¿qué era *antes* de ese instante? Disponible en <http://aborto.cc/argumentos-a-favor-del-aborto/>.



el proceso de formación del sistema nervioso que comienza el día quince de la concepción y se completa a las ocho semanas.

-Teoría del nacimiento con vida. Esta señala que el feto no es independiente mientras permanezca en el seno materno, ya que necesita de ella para su subsistencia y antes del nacimiento es una víscera de la madre. Una vez que nace surge su personalidad e individualidad y las con secuencias jurídicas que éstas traen, pero esta teoría permite que se proteja al concebido en forma amplia.

1.4.- Concepto de esterilidad.

La esterilidad es la incapacidad para lograr gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo, a probabilidad de gestación espontánea es claramente dependiente del tiempo. El 85% de las parejas logran espontáneamente una gestación en el transcurso del primer año, y un tercio de estos embarazos ocurre en los tres primeros meses de ese periodo. En los doce meses siguientes, conseguirá la gestación espontáneamente un 5% adicional de parejas¹⁷.

Por tanto, y según establece la simple observación, la mayoría de las parejas que no han logrado una gestación tras un año de intentos estarán afectadas por alguna limitación de la capacidad reproductiva.

1.5.- Concepto de infertilidad.

El termino infertilidad¹⁸ es para muchos especialistas, especialmente del ámbito anglosajón, sinónimo de esterilidad, en el medio hispanohablante, se

¹⁷Sociedad Española de Fertilidad. Disponible en www.sefertilidad.com. Consultado el 01/05/2016

¹⁸La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin anticoncepción.



ha entendido como infertilidad¹⁹ la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal, por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc.

En la actualidad, se tiende a preferir el término «pérdida gestacional recurrente» Según los estudios epidemiológicos más amplios, la esterilidad afecta al 15% de la población en edad reproductiva de los países occidentales, es decir, una de cada seis parejas, y experimenta una evolución creciente²⁰.

Hay diferencia entre estos dos conceptos y es que la **esterilidad** es la incapacidad para concebir y la **infertilidad** la imposibilidad para finalizar la gestación con el nacimiento de un niño sano.

Esta diferencia no es solo conceptual porque los estudios encaminados a conocer las causas y los tratamientos orientados a su solución son totalmente diferentes.

No es lo mismo aquella pareja que ve que no puede concebir, que aquella pareja que concibe, a menudo, sin dificultad, pero comprueba tristemente como la gestación no es evolutiva.

¹⁹La Organización Mundial de la Salud y el Comité internacional de evaluación de técnicas de reproducción asistidas, determinaron infertilidad como: la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico, después de más de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Se clasifican en primaria cuando no se ha concebido un embarazo. Secundaria: cuando se consigue uno o más embarazos que terminan en aborto o parto. Esterilidad es la incapacidad absoluta de lograr un embarazo. Disponible en www.oms.html. Consultado el 25/05/2016.

²⁰ MINSAs. Indicadores demográficos de Nicaragua. Sistema de Información/Oficina de Estadísticas. Ministerio de Salud (MINSAs), 2007.



1.6.- Concepto técnicas de reproducción humana asistida.

Se llaman técnicas de reproducción humana asistida aquellos procedimientos que unen el espermatozoide con el óvulo por un medio diferente a la relación sexual natural²¹.

1.6.1.- Técnicas de reproducción asistida intracorpóreas.

Este conjunto de reproducción asistida abarca a todos aquellos métodos en los que independientemente de las manipulaciones a las que pueden verse sometidos los gametos (óvulos y espermatozoides) se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino, la inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga.

1.6.1.-La inseminación homóloga es cuando el espermatozoide y el ovulo pertenecen a la pareja que se somete a la técnica correspondiente, y se realiza cuando el hombre es impotente, la mujer tiene vaginismo, o existen otros impedimentos como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, al neutralizar los espermatozoides, conducen a una inseminación intra-cervical (colocación del semen en el cuello del útero) o a una alteración del cuello del útero que exige la inseminación intrauterina (colocación del semen en el interior del útero).

1.6.2.-Existe inseminación artificial heteróloga cuando uno de los gametos (ovulo o espermatozoide) es aportado por un tercero ajeno al marido o pareja de la mujer (recurren a un banco de semen). Se hace uso de este sistema

²¹(VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A. M., Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, COMARES, GRANADA 1998, p.103).



cuando el varón es estéril, o cuando existe el peligro de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias etcétera.

1.6.3.-La fecundación in vitro es un proceso técnico que logra el embrión al unir el esperma con el óvulo fuera del claustro materno, que luego es trasplantado a éste para que el embarazo continúe su desarrollo natural.

Los avances experimentados en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a partir de los años 90, fundamentalmente en relación con el desarrollo de la Fecundación In Vitro, motivó un mayor desarrollo de la subrogación gestacional (o plena) respecto de la subrogación tradicional (o parcial) y ello porque, pese a que la Fecundación In Vitro implica mayores cargas físicas, emocionales y económicas que la Inseminación Artificial, permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre delegante.

Hasta el año 2005, los procesos de fertilización en Nicaragua eran básicos, el manejo del paciente con infertilidad era breve; por lo tanto, muchos nicaragüenses optaban por salir del país en busca de completar el sueño de ser madre y padre²².

²² Nicaragua, siempre ha presentado tasas altas de natalidad, y por consiguiente no se considera a la fertilidad como una prioridad de los sistemas sanitarios, sin embargo, estas reducciones de las tasas de fecundidad en todos los grupos de edades marca el avance en los cambios sociales e industriales de Nicaragua, que conllevarán en algunos años de manera inevitable a aumentar las tasas de infertilidad, puesto que las mujeres empezarán a buscar la natalidad por medio de este método <http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/387466-mas-200-ninos-in-vitro-existen-nicaragua/> Consultado el 17/05/2016.



CAPITULO II ASPECTOS JURIDICOS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS.

2.1.- El Régimen jurídico de la reproducción asistida.

La falta de legislación en la materia (reproducción asistida) en Nicaragua provoca un vacío legal que perjudica a todos los miembros de la sociedad. Como siempre, primero es el hecho, después el derecho. En efecto, primero se da el fenómeno social, y luego el hombre se ve obligado a regularlo. Alquiler de úteros, embarazo de mujeres mayores de 60 años, la manipulación de embriones, la congelación de óvulos, los embarazos post mortem de viudas con semen y embriones congelados, constituyen una realidad que nuestra legislación debe reglamentar.

La persona física y jurídica (la capacidad de ser sujeto de derecho) comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno, nuestra constitución política de Nicaragua²³ reconoce al niño como sujeto de derecho.

El Embrión como sujeto de derecho²⁴ es titular de un conjunto de derechos: como son el derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la salud, derecho a tener una familia, derecho a la

²³Constitución Política de Nicaragua, Artículo 4:El Estado nicaragüense reconoce a la persona, la familia y la comunidad como el origen y el fin de su actividad, y está organizado para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses, bajo...

²⁴ Código de la niñez y adolescente ley 287 de la República de Nicaragua, Arto. 12: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho intrínseco a la vida desde su concepción y la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna. La niña, el niño y los adolescentes tienen derecho a la libertad, a la seguridad, al respeto y a la dignidad como personas humanas en proceso de desarrollo y con características particulares como sujetos de los derechos establecidos en la Constitución Política y en las leyes.



identidad²⁵ consagrado en la Convención de los derechos del Niño²⁶ e incorporado a nuestra Constitución en el artículo 71.2.

La identidad comienza con la concepción y se extiende durante toda la vida. La identidad comprende tres aspectos: identidad referida a la realidad biológica; identidad referida a los caracteres físicos; e identidad en la realidad existencial.

La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José²⁷) en su artículo 4to., establece "que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...". Este convenio tiene rango constitucional de acuerdo con el artículo 46 de nuestra Constitución política.

El Código Civil de la República de Nicaragua²⁸ establece que desde la concepción comienza la existencia natural de las personas y el artículo 13 del mismo Código dispone que al concebido debe respetársele la vida para lo cual,

²⁵GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación, Editorial jurídica de Chile, 1993, p. 37.

²⁶Nicaragua como Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas suscribió y ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el año 1990, ingresándola a nuestra legislación positiva por aprobación de la Asamblea Nacional, mediante Decreto A.N No. 324, del 18 de abril de 1990, publicado en la Gaceta No. 180 del 20 de septiembre de 1990.

²⁷El Pacto de San José en Costa Rica, si bien en su artículo 4 establece que se respeta la vida de toda persona a partir del momento de la concepción, incluye en su texto la expresión "en general"; lo que habilita que en determinadas circunstancias sea posible apartarse del precepto enunciado.

²⁸En este sentido, el artículo 19 de La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece que: Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas, y antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida.



a petición de cualquier persona o de oficio la autoridad, tomará todas las providencias para proteger su existencia²⁹.

Estas disposiciones podrían ser invocadas y aplicadas por analogía a la procreación asistida fuera del seno materno, que trataremos en éste trabajo, para restringirla o para rechazarla en su caso.

Consecuentemente, según nuestras leyes nicaragüense constituyen delito tipificado en el Código Penal ley 641 especialmente en el Capítulo II el aborto (art 143), aborto imprudente (art 144) aborto sin consentimiento (art 145), la manipulación genética y la clonación de células (art 146), de las lesiones al que está por nacer (art 148) de las lesiones imprudente al que está por nacer art (149) y conforme al código civil de Nicaragua declara la nulidad de una obligación, si la causa u objeto del contrato procede de ser ilícita, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato³⁰.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que regule directamente el contrato de este tipo, este por consiguiente sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto³¹, por lo que no se derivaría obligación alguna de la mujer gestante de entregar el nacido tras el parto.

²⁹ Arto. 13.- La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrará.

³⁰ En España la gestación por sustitución está expresamente prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, cuyo apartado primero declara la nulidad de pleno derecho de aquel contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

³¹ Arto. 2437. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Artos. 950, 1836, 1985 y siguientes, 2002, 2478, 2525 Código civil de Nicaragua.



Nuestro sistema legal carece de un cuerpo normativo sobre la reproducción asistida. El Código Civil de 1904 obviamente no contempla las técnicas de la reproducción asistida³², ni las rechaza, ya que en ese entonces no existían, razón de regularla esta figura jurídica, además Nicaragua no estaba a la altura de otros países desarrollados con tecnología de punta en cuanto a la medicina.

Éste Código civil de 1904 Solucionó el problema de la concepción y el nacimiento de acuerdo a los conocimientos científicos y prácticos de la época³³.

Fue más adelante ya en nuestros tiempos que el derecho a la reproducción humana aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución que en su párrafo 1 expresa: "El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana". Este párrafo no señala ninguna prohibición a la procreación asistida. Por el contrario, sin distinciones acepta la procreación en forma general.

Para solucionar los casos en el estado actual de nuestra legislación o para promulgar una futura legislación sobre el derecho humano a la reproducción humana asistida debemos tener presente que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común, la ética y las buenas costumbres.

³²En algunos países para aprobar una ley referente a la reproducción asistida en seres humanos se debe reconocer primero que la infertilidad es una enfermedad, y a reconocer el tratamiento de la infertilidad, como derivación del derecho a la salud. es el caso de Argentina Ley de Fertilidad Asistida N° 14.208, que entró en vigencia en la Provincia de Buenos Aires desde el 03 de enero del 2011.

³³Los artículos 5, 11, 18, 19, 22, 23, 200, 202, 211, 212, 213 del Código Civil de la república de Nicaragua, regulan estos conceptos.



2.2.- La Reproducción Asistida y el Derecho de Familia.

Una de estas áreas que se verán afectadas dentro del Derecho Nicaragüense, será el Derecho de familia, en donde se constatará como, especialmente en ciertos sectores específicos de esta rama del Derecho, los avances tecnológicos hacen que las reglamentaciones sobre determinados aspectos de la vida familiar deban de ser reestructurados o por lo menos adecuados a una cambiante realidad, que es sustancialmente modificada mediante el avance de las ciencias médicas. Uno de estos ámbitos específicos será el relativo a la filiación y a la determinación de responsabilidades.

Actualmente la filiación³⁴ se establece por disposición de ley específicamente a los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio y a modo presuntivo, partiendo del hecho cierto de la convivencia durante el período de concepción. La presunción de paternidad se ha normado a partir de la celebración del matrimonio, hasta los trescientos días posteriores a la disolución de este³⁵, o su declaratoria de nulidad, con la salvedad que dicha presunción no operará si el matrimonio se hubiera disuelto por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos.

No obstante, al existir contravención de tal advertencia, por presunción se estará en atribuirle el producto del parto al primer marido si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio, más si aquél nace posterior a ello se presumirá hijo del segundo.

³⁴Art. 185 ley 870 código de familia de la República de Nicaragua Concepto de filiación es el vínculo jurídico existente entre el hijo o la hija y sus progenitores. Tiene lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación en relación a la madre, se denomina maternidad y en relación al padre, paternidad.

³⁵Código civil de Nicaragua Arto. 23.- El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Arto. 200 C.



2.3.- Responsabilidad derivada de la gestación por sustitución.

Otras respuestas jurídicas, es la nulidad del contrato de gestación por sustitución, nuestro ordenamiento jurídico no lo regula y en el supuesto de que se celebre un contrato de gestación por sustitución este sería nulo³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que la gestación por sustitución³⁷ no es propiamente una técnica de reproducción humana asistida, sino una práctica que se apoya en la mismas, solo podría calificarse como falta leve en tanto que incumplimiento de cualquier obligación o transgresión de cualquier prohibición establecida en la Ley que no se encuentra expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

De las diferentes infracciones será responsable su autor. No obstante, cuando el cumplimiento de las obligaciones corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las trasgresiones que se cometan y de las sanciones que se impongan.

Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de derecho de que la madre es la que alumbró al hijo, la que da a luz al hijo mediante el parto. El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la práctica de la gestación por sustitución, rompe con una máxima del derecho romano, cuyo aforismo jurídico en latín se corresponde con “mater Semper

³⁶ Arto. 2437. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Artos. 950, 1836, 1985 y siguientes, 2002, 2478, 2525 Código civil de Nicaragua

³⁷ El Informe Palacios afirma que “ha sido rechazada la gestación de sustitución por razones éticas (...) se considera que hay unidad de valor en la maternidad que en ella (la subrogada) no se respeta y crea una distorsión deshumanizadora”. En coherencia con lo anterior, la Comisión Palacios adoptó las siguientes recomendaciones en relación con la gestación por sustitución: a) debería prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia; b) deberían ser objeto de sanción penal o del tipo que procediese las personas que participasen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no fuese escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propiciasen y los equipos médicos que las realizasen; y c) deberían ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizasen las técnicas para la gestación de sustitución.



certa est³⁸” en virtud del cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar.

Es evidente que este aforismo jurídico del derecho romano clásico, que no admitía prueba en contrario (porque hasta hace poco más de 30 años se desconocían las técnicas de reproducción médicamente asistida), en la actualidad presenta un panorama diferente en cuanto a presunción.

En España la Ley prevé la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica por los medios ordinarios regulados en la legislación³⁹.

En virtud de lo anterior puede afirmarse que, de ser así, aunque no existiera norma prohibitiva en nuestro ordenamiento, el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, por lo que no se derivaría obligación alguna de la mujer gestante de entrega del nacido tras el parto⁴⁰.

³⁸*Mater Semper certa est* es una expresión latina, que puede traducirse como «La madre es siempre conocida», que hace referencia a un principio de Derecho que incluso en algunas legislaciones nacionales tiene la fuerza de una presunción de derecho, en virtud de la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar.- disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Mater_semper_certa_est.

³⁹En este sentido, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna, las acciones a las que se refiere el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, son las generales de la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁰La Naturaleza Jurídica del contrato de gestación por sustitución derecho comparado en España y en lo que respecta a la naturaleza del contrato se ha discutido si la gestación por sustitución constituye un contrato de arrendamiento de servicios a través del cual se trata de prestar un servicio, en este caso concreto la procreación del hijo, un contrato de arrendamiento de obra a través del cual se trata de entregar un resultado, en este caso concreto el hijo, o un contrato de venta de cosa futura, o si por el contrario, en contra de las citadas opciones, constituye un contrato atípico, el cual, por contraposición al contrato típico que posee regulación legal, carece de ella. En cualquier caso, sea cual sea el tipo de contrato que constituya la gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, por lo que carece de validez, no produciendo efecto jurídico alguno.



2.4.- El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996).

En el preámbulo de dicho convenio hace referencia al desarrollo de la medicina y la biología, que debe emplearse sólo para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, y no emprender caminos que contrariarían sus propios objetivos legítimos.

El convenio Proclama el respeto debido al hombre como individuo y como miembro de la especie humana⁴¹.

Concluye dicho convenio que el progreso, el beneficio del hombre y la protección pueden unificarse si se logra una conciencia pública a través de un instrumento internacional diseñado por el Consejo de Europa en coherencia con su vocación.

Se hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional para extender los beneficios de los avances a la humanidad en su conjunto.

⁴¹ Art.11.- Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

Art.12.- Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

Art.13.- Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

Art.14.- No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

Art.18.- 1). Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>. Consultado el 28/05/2016.



2.5.- Resolución del parlamento europeo del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana.

"El Parlamento Europeo considera que la clonación terapéutica que implique la creación de embriones humanos con fines de investigación plantea un problema profundo y franquea una frontera sin retorno en el campo de la investigación".

Existen otros métodos para curar enfermedades graves, distintas a la clonación de embriones humanos y solicitan que la UE promueva en la ONU "una prohibición universal y específica de la clonación de seres humanos en todas las etapas de su desarrollo"⁴².

2.6.- La desnaturalización del proceso natural de la maternidad.

Uno de los principales argumentos defendidos en contra de la práctica de la gestación por sustitución, así como de la aplicación de cualquier otra técnica de reproducción humana asistida, es que las mismas desnaturalizan el proceso natural de la maternidad lo que es moralmente inaceptable.

Este argumento no se sostiene en tanto que lo natural no puede ser homologable con lo moralmente bueno. Además, debe tenerse en cuenta la utilización de técnicas en la maternidad que de por sí no son propias de su naturaleza. Piénsese por ejemplo en la práctica de una cesárea.

⁴²El protocolo adicional de 1998. Art.1. Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano "genéticamente idéntico" a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética. disponible en <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2000/09/07/31882/parlamento-europeo-pide-prohibir-clonacion-terapeutica.html>



2.7.- El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución.

La maternidad subrogada onerosa y la gratuita, esto es, con o sin contraprestación económica a favor de la madre gestante, el ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución ha sido uno de los aspectos más criticados en tanto que puede derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica.

En este sentido, supone una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

El hecho de que países como la India se hayan convertido en uno de los principales destinos al objeto de acceder a la gestación por sustitución pone de manifiesto cómo las mujeres más pobres son las que se encuentran expuestas en mayor medida a esta explotación, fundamentalmente si además de la pobreza, concurre, como sucede en el ejemplo de la India, una subordinación de la mujer al hombre (predominio del machismo) en el contexto de un sistema patriarcal, lo que supone que las mujeres se hallen en una situación de mayor vulnerabilidad.

En países como la India el costo del proceso de gestación por sustitución es más económico para los solicitantes, constituyendo el pago un aliciente para mujeres que, hallándose en una situación de pobreza, ven en la maternidad subrogada un medio para atender a las necesidades de su propia familia.



Consecuentemente, el contexto socioeconómico resulta fundamental a la hora de valorar las circunstancias que rodean la práctica de la maternidad subrogada. Es difícil defender que el acceso a esta práctica por parte de mujeres con escasos recursos económicos reside en la libertad de la mujer que decide ser madre sustituta en poder utilizar su cuerpo en la forma que considere adecuada.

Existe también la posibilidad del abuso de la mujer por su condición como tal su condición de estar sumisa al esposo y las circunstancias socioeconómicas que la misma atraviesa son circunstancias que determinan la precitada libertad. Por el contrario, en países desarrollados, si es posible que los motivos que lleven a una mujer a prestar su vientre para la práctica de la maternidad subrogada no sean tanto de carácter económico, sino que se basen en el deseo de ayudar a la pareja que no tiene hijos, en el disfrute del propio embarazo o en la autorrealización.



CAPITULO III ASPECTOS MATERIALES DE LA REPRODUCCION ASISTIDA EN SERES HUMANOS Y EL DERECHO A LA VIDA.

3.1.- La dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral.

El derecho a la integridad moral reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de Costa Rica (1969) en cuyo Art. 4 se establece: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida⁴³. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Y en el artículo 1º de la misma ley se dice “persona es, según esta convención, todo ser humano”.

En este sentido el Informe Warnock, elaborado en el Reino Unido en 1984, señalaba como argumentos en contra de la práctica de la maternidad subrogada; la incompatibilidad con la dignidad humana de la explotación del útero con fines de lucro y su empleo como incubadora de un niño que no va a ser suyo; y la deformación de la relación entre la madre y el hijo, al permitirse a una madre quedarse embarazada con la intención de abandonar al niño tras su nacimiento.

Esta situación resulta potencialmente nociva para el niño, cuyos lazos con la madre gestante se consideran muy sólidos y cuyo bienestar se estima de la máxima importancia.

⁴³ La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948. En su Preámbulo, la primera frase expresa que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El Artículo 1º dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, Que se respete al embrión humano con todos los derechos que merece todo individuo de la especie humana, en igualdad de condiciones y oportunidades de vida, tal como se infiere de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.



3.2.- El impacto psicológico.

Asimismo, deben tenerse en cuenta el impacto y los problemas psicológicos que de la práctica de la gestación por sustitución pueden derivarse, tanto para la madre gestante, que puede cambiar de opinión durante el periodo de embarazo, viéndose obligada a entregar al hijo que ha gestado, como para los hijos, al conocer su verdadera procedencia, más aún cuando se trata de supuestos de maternidad subrogada entre familiares.

En relación con lo anterior se ha declarado la invalidez de los acuerdos de maternidad subrogada fundamentándose en el vínculo que se crea durante la gestación y el parto entre la madre subrogada y el bebé, lo que impide a aquella tomar una decisión libre en el momento de firmar el acuerdo.

En contra de ésta opinión se halla la de aquellos que consideran que defender la invalidez del contrato por este motivo sólo contribuye a alimentar estereotipos de la mujer relativos a la imprevisibilidad en la toma de decisiones y la inevitabilidad de su destino biológico, que se impone sobre la formación de decisiones. En una posición intermedia se encuentran aquellos que otorgan eficacia al acuerdo de maternidad subrogada siempre y cuando garanticen el derecho de la madre a cambiar de opinión tras el parto.

3.3.- Incumplimiento de la normativa sobre adopción.

También ha sido objeto de crítica la maternidad subrogada ya que su práctica supone una violación de las normas que rigen la adopción, concretamente



aquella que prohíbe el pacto de una remuneración⁴⁴. En este sentido, Jaime Vidal Martínez concibe la maternidad de sustitución como un conjunto de actos concatenados con los que se pretende eludir la recta aplicación de las leyes en materia de filiación y adopción con la finalidad última de sustituir la mujer comitente a la madre gestante contando para ello con algún respaldo legal⁴⁵.

Otra de las críticas que plantea la práctica de la maternidad subrogada es la posibilidad de que la madre de alquiler convierta la práctica aislada de la gestación por sustitución en una profesión⁴⁶.

3.4.- Los problemas de carácter ético o legal.

A los problemas aludidos anteriormente, cabe añadir los múltiples problemas de carácter ético o legal que la práctica de la gestación por sustitución puede generar entre la pareja solicitante, la mujer portadora y el hijo.

Algunos de estos problemas fueron planteados por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana

⁴⁴ En este sentido, RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI destaca tres aspectos que muestran una clara contradicción entre la gestación por sustitución y la adopción: a) el artículo 1830.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que prohíbe, en las adopciones que exijan propuesta previa, que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados; b) el artículo 177.2.2 del Código Civil conforme al cual el asentimiento a la adopción de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto; y el artículo 221 del Código Penal que castiga con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. En SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Humanitas Humanidades Médicas* (Tema del mes on line). Nº. 49, abril de 2010.

⁴⁵ Véase, VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” ob. cit. p. 117.

⁴⁶ Dos ejemplos avalan esta teoría: JILL HAWKINS, inglesa y soltera de 43 años, que tuvo ocho embarazos como madre de alquiler y CAROLE HORLOCK, que con 41 años ha sido madre “subrogada” de 12 niños.



(Comisión Palacios) en su Informe aprobado en 1986 cuyo objeto era prestar asesoramiento en torno a los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción humana asistida⁴⁷.

Situaciones tan complejas como éstas han generado en la práctica el aumento de litigios derivados de los procesos de maternidad subrogada que ponen en evidencia la realidad del proceso de cosificación de los niños y cuestionan la visión idílica de la maternidad subrogada⁴⁸ como una vía para garantizar el acceso a la paternidad a aquellas personas que por uno u otro motivo no pueden.

3.5.- Análisis de los proyectos de ley en los distintos países, sobre técnicas de reproducción asistida en seres humanos.

La evaluación de proyectos de ley sobre las técnicas de Reproducción Asistida, se encuentra en discusión en varios países, como resultado del progreso del conocimiento científico y técnico, que ha abierto la posibilidad de ejercer nuevos derechos y, al mismo tiempo, plantea controversias de valores.

En el siglo pasado se desarrollaron diversos procedimientos en el campo cada vez más complejo y sofisticado en el campo de la medicina, en particular las técnicas de reproducción asistida en seres humanos que actúan sobre los componentes de la reproducción humana, ya sean células germinales, gametos, cigotos, o embriones. Desde el primer nacimiento mediante

⁴⁷ "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas", comisión presidida por el Dr. Marcelo Palacios, de ahí que se conozca dicho informe como Informe Palacios disponible en <https://books.google.com.ni/books?isbn=9561010062>.

⁴⁸ La doctrina ha utilizado diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales «maternidad subrogada», «gestación de sustitución», «alquiler de útero» o «maternidad portadora» APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIODERECHO. disponible en revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/.../13816.



fertilización in vitro, ocurrido en 1978, casi un millón de niños han nacido como resultado del uso de estas técnicas que en algunos países europeos involucra alrededor del cinco por ciento de los nacimientos.

La trascendencia del tema es evidente si se observa que durante este período se desarrollaron técnicas que no sólo ofrecen nuevas opciones reproductivas, sino que también permiten detectar y prevenir el nacimiento de niños con severas anomalías genéticas y cromosómicas y evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a hijos de parejas fértiles.

Sin embargo, el éxito de estas técnicas todavía es bajo y su accesibilidad depende de las políticas en materia de salud e investigación y de los recursos que se destinen para su implementación. Según el informe de la Organización Mundial de la Salud (2002) alrededor de 80 millones de personas son estériles y la mayor incidencia se registra en los países pobres donde es más difícil el acceso a servicios de atención y a las Técnicas de Reproducción asistida.

En estos países, la esterilidad es provocada en gran parte por infecciones del tracto genital posteriores a abortos mal realizados, infecciones, enfermedades sexualmente transmitidas y tuberculosis pelviana.

La difusión pública que acompañó al desarrollo y aplicación de estas distintas técnicas generó, a fines de los años setenta, un intenso debate que, lejos de atenuarse, se ha ampliado desde entonces por las implicaciones legales y sociales del tema.



La materia de las controversias está relacionada con diversas ideas jurídicas vinculadas, a su vez, con principios de equidad y justicia. Algunos sostienen que la reproducción asistida no es materia de derecho positivo mientras que para otros es cuestionable que deba considerarse este tema prioritario en situaciones de notoria escasez de recursos asignados a la salud pública.

Para algunos sectores, las creencias religiosas son determinantes; constituyen para ellos el fundamento de los principios de toda ética, así como, en consecuencia, de las políticas públicas y de las leyes, no sólo en sociedades regidas por ellas sino aun en las sociedades en las que conviven plurales concepciones filosóficas y religiosas.

Con el respaldo de esta idea se oponen a la aplicación de tales técnicas debido a que éstas no entrañarían la reproducción por unión sexual de la pareja, y además atribuyen carácter humano al cigoto desde el momento de la fecundación, antes aun de ser implantado en el útero materno.

Desde una perspectiva ética, el análisis de propuestas legislativas sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida no puede ignorar los riesgos y beneficios que puedan involucrar para la salud y la integridad de las personas que se someten a dichas técnicas, ni los problemas que surgen en relación con el manejo de los embriones y con los donantes de material genético.

Las regulaciones en estos temas deben incorporar los conocimientos provistos por el avance de la investigación científica y tecnológica sin ignorar el respeto que se debe a la pluralidad de creencias y convicciones morales y religiosas que conviven en la sociedad.



3.6.- El derecho reproductivo de los seres humanos y la normativa internacional.

Tras años de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que abrieron la posibilidad de procreación a parejas con impedimentos para hacerlo de manera natural, a finales de los años setenta se amplió la noción de la reproducción asistida y la legislación internacional reconoció los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales.

El programa de acción de la conferencia internacional de población y desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen "...todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos".

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995) estableció que la salud reproductiva es "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo sus funciones y procesos, en consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a "métodos, técnicas y



servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados".

Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad.

En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de los derechos reproductivos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de Técnicas de Reproducción Asistida. El apartado 7.6 de la Conferencia de El Cairo expresa que la atención de la salud reproductiva implica, entre otras cosas, la "prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad".

Estas Conferencias establecieron programas concretos de acción para promover la implementación de los derechos reproductivos a través de políticas gubernamentales. Por otro lado, la demanda de accesibilidad a las técnicas de reproducción asistida en los seres humanos se basa en tres principios reconocidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS):

1. El derecho a la autodeterminación que cada ser humano debe poder ejercer respecto de su proyecto de vida;
2. El derecho a gozar de salud reproductiva;
3. El derecho a la equidad en el acceso a las prestaciones de la salud.



3.7.- Principales experiencias sobre la gestación por sustitución en el Derecho Comparado.

Desde el punto de vista de derecho comparado existe una gran discrepancia en la regulación de la práctica de la gestación por sustitución, pudiendo clasificar los países en tres grandes bloques según que la gestación por sustitución sea ilegal, en cualquier caso, sea legal siempre y cuando no medie contraprestación económica o sea legal con independencia de que medie o no contraprestación económica.

Teniendo en cuenta además que la mayor parte de los países ni siquiera regulan la práctica de la gestación por sustitución.

3.8.- Las Prohibiciones a la maternidad subrogada y nuestro punto de vista.

No se ignora que muchas legislaciones extranjeras declaran nulos los pactos de maternidad subrogada. Es también la solución propiciada por la mayoría de los movimientos feministas, que ven en la situación de la madre que presta su cuerpo, un verdadero estado de esclavitud y sometimiento (generalmente de naturaleza económica).

Sin embargo, los resultados prácticos de esta solución no siempre acompañan al principio constitucionalmente amparado del interés superior del niño. La nulidad implica que será madre la que ha parido, aunque no esté vinculada biológicamente con el niño sino por haberlo llevado en su vientre ni tenga interés alguno en atender sus cuidados.



Mejor que prohibir sería establecer reglas de filiación, pronunciándose por una u otra solución, pero dejando abierta la posibilidad de que, llegado el caso, el juez pueda resolver el conflicto teniendo en miras el interés superior del nacido.

3.9.- Países europeos en los que la gestación por sustitución es ilegal.

Es interesante señalar aquellos países, en los que la gestación por sustitución es ilegal. Es el caso por ejemplo de Francia, Italia, Alemania o Suiza.

a) Francia.

En 1982, en Francia, el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela estéril.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16.7 del Código Civil francés señala que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. En este sentido, en mayo de 2010, el Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud) emitía un aviso (el n° 110) sobre los aspectos éticos planteados por la gestación por sustitución, afirmando que la misma es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

Además, el artículo 227-12 del Código Penal Francés castiga con la pena de seis meses de prisión y multa de 15.000 euros al que intermedie entre una



persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo, duplicándose las penas cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2012 el Tribunal de Apelación de Rennes (Bretaña) ha permitido la inscripción en el Registro Civil francés del nacimiento de dos niños gemelos nacidos en 2010 de padres franceses, pero de madre de gestación india.

Este fallo confirma una sentencia de primera instancia previa, aunque aún puede ser recurrido. Cientos de certificados de nacimiento han sido autorizados en base al artículo 47 del código civil francés conforme al cual “todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico”.

b) Italia.

En Italia la gestación por sustitución sea comercial o altruista también es ilegal. Así la Ley de 19 de febrero de 2004, n° 40 sobre "Las normas sobre la procreación médicamente asistida" señala en su artículo 12.6, inserto en el Capítulo V relativo a “Prohibiciones y sanciones”, que “quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros”.



En relación con lo anterior señala Cristiana Baffone⁴⁹ como trasgresores potenciales de dicha prohibición a: a) médicos y biólogos que participen activamente en la cirugía, formando al embrión in Vitro y transfiriéndolo al útero de una mujer diferente a la madre biológica; b) aquellos que participen en una actividad de promoción de cirugías de subrogación; en este caso se castiga a quien organiza y hace publicidad a la práctica; y c) madres subrogadas y parejas solicitantes.

Sin perjuicio de lo anterior, el 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos.

En 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones fuesen implantados en la madre sustituta.

El fallo estimó la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados.

⁴⁹ BAFFONE, C., “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, número 137, mayo-agosto de 2013, p. 467.



c) Alemania.

En Alemania, la Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990 señala en su artículo 1 relativo a “utilización abusiva de las técnicas de reproducción” que “será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento”. No obstante, señala la Ley que no serán sancionadas “la madre de sustitución ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva”. Consecuentemente se sanciona únicamente a la persona que lleva a cabo la fecundación artificial o la transferencia del embrión. Cabe deducir, pese a que el artículo guarda silencio, que se trata de personal médico.

d) Suiza. En Suiza en virtud del artículo 119.2 d) de la Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999 “se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”.

3.10.- Países europeos y de Asia en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista.

a) Reino Unido.

En Reino Unido los acuerdos de subrogación comercial no son legales. Estos acuerdos fueron prohibidos por ley de 1985 (Surrogacy Arrangements Act 1985). La citada Ley ni prohíbe la maternidad subrogada ni sanciona a la madre subrogada ni a quienes solicitan sus servicios, sino que condena la negociación de dichos acuerdos con fines lucrativos, si bien se admite el pago



a la madre gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz.

Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. La citada Ley fue modificada por Ley de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) que introdujo la posibilidad de que las madres pudiesen mantener al bebé en el supuesto de que cambiasen de opinión y por Ley de 2008 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) que extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó gracias a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de menores se pronunciase. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción si bien declaró que “según la Ley británica el pago de dinero por un bebé es constitutivo de un delito, y que la niña así nacida es ilegítima, aunque en su beneficio ha de guardarse el anonimato absoluto”.

Hay países en que la gestación por sustitución, medie o no contraprestación económica es legal. Es el caso por ejemplo de Ucrania, Rusia, India y parte de los Estados de Estados Unidos.



b) Ucrania.

En Ucrania la maternidad subrogada es legal. El Código de Familia de Ucrania, vigente desde el 1 de enero de 2004, dispone en su artículo 123.2 que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Literalmente se señala que “una vez que en el cuerpo de otra mujer se transfieran el embrión humano concebido por los esposos (hombre y mujer) en virtud de aplicar las técnicas de reproducción asistida, los padres del niño son los esposos”. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas.

c) Rusia.

En Rusia, la maternidad subrogada no sólo es legal, sino que es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que desean ser padres. La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los “turistas reproductivos” que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países, resultando además que en Rusia los extranjeros gozan de los mismos derechos a la reproducción asistida que los rusos. El estado civil de los usuarios no tiene trascendencia, pudiendo acudir personas



sin pareja o parejas no casadas. Hay ciertas indicaciones médicas⁵⁰ para acudir a la gestación por sustitución: ausencia del útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo, reiterados intentos fallidos de FIV cuando se generan embriones de alta calidad, pero, una vez transferidos, no se consigue el embarazo. En cuanto a la madre de alquiler pueden serlo las mujeres de entre 29 y 35 años de edad que tenga al menos un hijo propio sano, una buena salud psicosomática y que hayan otorgado su consentimiento voluntario.

La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. En este sentido, señala el artículo 51.4 del Código de Familia Ruso que “los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el libro de Nacimientos como los padres del niño nacido mediante dichas técnicas.

Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya dado a luz”. Consecuentemente, no se requiere para tal efecto ni una resolución judicial ni el procedimiento de adopción. El nombre de la madre de alquiler nunca consta en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño tenga el vínculo genético con alguno de sus padres comitentes.

⁵⁰ Orden n° 67 del Ministerio de Salud “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” del 26 de febrero de 2003.



Los niños nacidos de vientres de alquiler por encargo de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales se inscriben por analogía de ley (artículo 5 del Código de Familia), para lo cual puede necesitarse una resolución judicial.

d) India (Asia).

En la India la maternidad subrogada comenzó a finales de los años 70, incrementándose en los últimos años debido a las ganancias que genera el turismo médico.

De este modo, en la India la gestación por sustitución es legal hasta el punto de haberse convertido en líder en alquiler de vientres, resultando un destino muy popular para las parejas de los países industrializados debido a su bajo coste y a una legislación laxa. La vulnerabilidad por la falta de información, así como la pobreza hacen de la maternidad subrogada en India una industria rica en madres portadoras disponibles.

En la India no existe regulación específica sobre la gestación por sustitución. Las directrices que se siguen en la práctica de la maternidad subrogada son las previstas en la “Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos” elaborada por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida” elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2010. Asimismo, existe un borrador de Ley que lleva discutiéndose en el Parlamento desde el año 2010.

En virtud de los documentos oficiales citados, la mujer subrogante no se involucra genéticamente en el embarazo, debe haber tenido al menos un hijo y contar con el consentimiento del esposo. En este sentido, la mujer subrogante



solo entra en la transacción después de recibir el consentimiento del esposo o guardián, dependiendo en última instancia de la voluntad masculina, reflejo de una sociedad profundamente patriarcal fuertemente impregnada de valores religiosos. Una vez que la mujer firma el contrato se compromete a llevar adelante la gestación hasta el parto, perdiendo el derecho a una posible interrupción de éste⁵¹.

El acuerdo de subrogación se regula por un contrato entre las partes en el que deberá dejarse constancia del consentimiento de la madre de alquiler para tener al niño, del consentimiento de su marido y otros miembros de la familia, de los procedimientos médicos de inseminación artificial, del reembolso de todos los gastos razonables para llevar el embarazo a término, de la voluntad de entregar el nacido a los designados padres, etc. Asimismo, el acuerdo de subrogación debe prever apoyo financiero para el niño en caso de muerte de los futuros padres antes de la entrega del niño, o en caso de divorcio entre los futuros padres y posterior negativa de ambos a aceptar la entrega del niño. El acuerdo debe asimismo contemplar un seguro de vida para la madre de alquiler.

Al menos uno de los futuros padres debe ser donante reduciendo con ello las probabilidades de abuso infantil que se han dado en casos de adopciones. Consecuentemente, en caso de que el futuro padre sea soltero, él o ella debe ser el donante para poder tener un hijo por subrogación, de lo contrario, deberá recurrir a la adopción para tener un hijo.

Los criterios para ser madre subrogante son: ser menor de 35 años, pudiendo ser familiar, conocida o no tener relación alguna con la pareja que le encarga

⁵¹ Los casos de abortos se deben regir solamente por la Ley de Terminación Médica de Embarazo de 1971.



el embarazo; VIH negativa (le hacen la prueba antes de firmar el acuerdo); presentar una declaración jurada diciendo que en los últimos 6 meses: a) no le administraron ningún medicamento/droga con una aguja usada por otras personas; b) no le hicieron transfusiones de sangre; y c) hasta donde sabe, ni ella ni su marido tuvieron relaciones prematrimoniales; d) no se inyecta drogas, y no se someterá a ninguna transfusión de sangre que no provenga de un banco de sangre certificado. Ninguna mujer puede ser subrogante más de tres veces en el transcurso de su vida.

El certificado de nacimiento del niño debe contener únicamente el nombre de los futuros padres, protegiendo la privacidad de los donantes y de la madre de alquiler.

A través de Sentencia de 29 de septiembre de 2008 la Corte Suprema de la India declaró la legalidad de la maternidad de alquiler comercial en la India señalando que “debido a la excelente infraestructura médica, la alta demanda internacional y la disponibilidad de madres portadoras a bajo coste, el fenómeno está alcanzando proporciones industriales”.

Dicha sentencia discutía el supuesto del Bebé Manji Yamada poniendo de manifiesto la necesidad de una regulación normativa que permita solventar las cuestiones complejas susceptibles de plantear la maternidad de alquiler como es el divorcio de la pareja solicitante durante el embarazo.

En 2007 la pareja japonesa Ikufumi y Yuki Yamada contrataron una madre de alquiler en India. Ella sería el vientre de alquiler y aportaría los óvulos y el padre, Ikufumi, aportaría su material genético. Antes de que la niña naciera, sin embargo, los Yamada se divorciaron y la ex señora Yamada ya no quería a



la niña, que no era biológicamente suya. Su padre si la quiso, pero la ausencia de una ley india para niños nacidos de una madre de alquiler se lo impidió. La única opción para él sería adoptarla, pero no podía en razón de una ley india de la época colonial que prohíbe a los hombres solteros adoptar niñas. La ausencia de regulación significó que la bebé Manji se convirtió en la primera "huérfana sustituta " de la India hasta que el padre finalmente pudo adoptarla luego de varios meses, después que intervino la Corte Suprema.

La decisión de la Corte Suprema de permitir la subrogación comercial en la India dio como resultado un aumento significativo de la confianza internacional en los vientres de alquiler en la India. Sin embargo, con la novedad también llegaron los problemas legales.

En el año 2009 la ciudadana noruega Kari Ann Volden visitó la clínica de infertilidad Rotunda (barrio residencial de Bandra Bombay). Allí fue implantado en el útero de una madre india un embrión surgido de una donación de óvulos y de una donación de espermatozoides. Nueve meses después de su viaje a Rotunda, el vientre de alquiler de Volden dio a luz a dos gemelos chicos. Volden regresó a Bombay para recoger a sus bebés y llevárselos a casa.

Noruega concede la ciudadanía a los bebés nacidos en el extranjero cuya madre o padre sean noruegos. Sin embargo, los vientres de alquiler son ilegales en Noruega, al igual que en otros muchos países europeos, y el gobierno noruego considera que las madres que dan a luz a un hijo, independientemente de quién sea el óvulo, son las madres, de acuerdo con la Dirección Noruega de Inmigración.



En este caso, ni el útero ni el óvulo pertenecen a Volden. Además, la ciudadana noruega utilizó esperma donado y por tanto no se puede establecer que el padre está nacionalizado o reside en Noruega. Para la ley noruega, la mujer india que se utilizó como madre de alquiler es la madre de los gemelos y por lo tanto no se puede establecer que los gemelos reúnen los requisitos para tener la ciudadanía noruega.

La India por su parte reconoce como madre a Volden y por tanto los gemelos no tienen la nacionalidad india. Los gemelos son ciudadanos apátridas, viven en un limbo legal. Para gestionar este tema y evitar futuras batallas legales, el ministro de salud de la India está tratando de aprobar una ley, llamada Reglamento sobre Tecnología de Reproducción Asistida Proyecto de Ley – 2010, que regule la industria de vientres de alquiler. El proyecto de ley está actualmente pendiente de la aprobación del ministerio.

Otro caso más reciente, tiene lugar en el año 2012, cuando la ciudadana de nacionalidad Argentina Elsa Saint Girons y su esposo de origen Español Juan Antonio González, tuvieron una niña en Nueva Delhi después de nueve años de inútiles intentos para procrear. Así, el pasado 16 de mayo de 2012, Cayetana nació en el hospital Delhi Fortis La Femme, que tras comprobar el contrato de subrogación estableció como padre a González, fuente de los espermatozoides que fecundaron el óvulo, y como madre a su esposa Elsa.

Hoy en día ninguno de los tres países otorga la nacionalidad a la niña a falta de una ley que regule los vientres de alquiler. Para el Estado indio, la niña no es india por ser hija de padres extranjeros. Sin embargo, cuando intentaron anotarla en la embajada de España se encontraron con la negativa de las autoridades de inscribirla como hija de la pareja, alegando la invalidez de la



partida de nacimiento de la niña puesto que, pese a estar respaldada por la preceptiva compulsiva de la Convención de la Haya, no recoge la identidad de la madre gestante.

Ante esto la pareja intentó inscribirla en la embajada Argentina, ya que al mujer tiene doble nacionalidad, pero dada la residencia actual de la pareja en España las autoridades argentinas también se negaron.

Recientemente, la oficina de inmigración india ha publicado nuevas directrices que dificultan a las parejas españolas practicar la subrogación en India. Las nuevas directrices requieren que los padres que practiquen la subrogación deban solicitar un visado médico especial. Este tipo de visado es expedido solo para las parejas que aporten la siguiente documentación:

- 1) Prueba de un matrimonio heterosexual de al menos 2 años;
- 2) Carta de la embajada del país extranjero que indica que el país reconoce la subrogación y que al recién nacido a través de la subrogación se le permitirá la entrada en el país;
- 3) Declaración jurada de los futuros padres de que van a cuidar a los hijos nacidos a través de alquiler de vientres;
- 4) Contrato legal entre los futuros padres y la madre de alquiler India;
- 5) Prueba de que el procedimiento se realizó en una clínica registrada y reconocida por el Consejo Indio de Investigación Biomédica;
- 6) Carta de la clínica afirmando que la compensación en total para la madre de alquiler India ha sido totalmente pagada según el contrato.

En este sentido recientemente los medios de comunicación se hacían eco de la situación de un matrimonio español retenido en la India con sus mellizos



nacidos mediante gestación por sustitución como consecuencia del cambio operado en la legislación india en relación con la maternidad subrogada al no reunir toda la documentación requerida. Días más tardes, los medios de comunicación anunciaban el próximo regreso de la pareja y de los niños a España una vez adoptada solución calificada como “necesaria” en atención a la “enorme dimensión humana” del caso.

3.11.- Países del continente Americano en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista.

Estos son algunos países en que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista. Son países como por ejemplo Canadá, Estados Unidos, México, Brasil, Argentina o Colombia.

a) Canadá.

Canadá ha prohibido la subrogación comercial desde el año 2004 a través de la aprobación de la Ley de Reproducción Humana Asistida, mientras que la subrogación altruista sigue siendo legal, si bien la provincia de Quebec prohíbe toda subrogación. Las madres de alquiler pueden ser reembolsadas por los gastos necesarios aprobados, pero el pago de cualquier otra cantidad o tarifa es ilegal. En virtud de lo dispuesto en la Sección 6 de la citada Ley, nadie podrá pagar una recompensa a una persona de género femenino para que sea una madre sustituta, ni ofrecer pagar tal recompensa o publicitar para que dicho pago sea efectuado.

De igual modo dispone la Ley que nadie podrá aceptar el pago de una recompensa por gestionar el servicio de una madre sustituta, ni ofrecerse a efectuar dicha gestión mediante una recompensa o publicitar el ofrecimiento



de gestionar dicho servicio y nadie podrá pagar una recompensa a otra persona para que gestione el servicio de una madre sustituta, ni ofrecer pagar por dicha gestión ni publicitar para que se efectúe un pago por la misma. En relación con la madre sustituta señala la Ley que nadie podrá aconsejar o inducir a una persona de género femenino para que sea madre sustituta, ni proporcionar ningún tipo de tratamiento médico para que una persona de género femenino sea una madre sustituta, con el conocimiento, o con fundadas razones para creer que la persona de género femenino tiene menos de 21 años de edad.

b) Estados Unidos.

En los Estados Unidos las situaciones varía mucho de unos Estados a otros pudiendo agruparse los estados según que la maternidad subrogada esté prohibida (es el caso de Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México o Nueva York) o permitida (como Florida, California o New Jersey) si bien unos estados se muestran más flexibles que otros.

Los estados favorables a los vientres de alquiler contemplan tanto los contratos de subrogación comerciales como altruistas y ofrecen medios a los futuros padres para ser reconocidos como los padres legales del niño, si bien algunos de estos estados sólo ofrecen soporte a las parejas heterosexuales casadas.

California⁵² es considerado el estado más liberal en tanto que cuenta con trámites más simples. La práctica no está regulada y el gobierno oficialmente

⁵² Sobre el procedimiento para el establecimiento de la filiación en California, véase FARNOS AMOROS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret Revista para el análisis del derecho*, n°1, 2010.



no tiene política al respecto, a pesar de que California tiene algunos de los precedentes judiciales más sonoros en la protección de los derechos de los futuros padres.

El reconocimiento de la filiación requiere que, una vez celebrado el acuerdo de maternidad subrogada, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en el California FamilyCode. Este procedimiento tiene por objeto establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia que declara la filiación a su favor, extinguiendo la filiación respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada. El Judgment of Maternity and Paternity (laudo de maternidad y paternidad) permite que el hospital y el ministro de archivos vitales pongan el nombre de los futuros padres en el certificado de nacimiento. Además, este laudo asegura que se otorgue la custodia del niño a los futuros padres después del parto en cuanto los médicos lo permitan.

Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (The California Office of Vital Records) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido.

Este laudo elimina la necesidad de los procedimientos asociados a la adopción y reconoce legalmente la relación subrogada que se estableció entre ambas partes.

Además, el laudo de la maternidad y paternidad anula los derechos de los padres de la madre subrogada y su marido. El procedimiento es igual para



cualquier tipo de subrogación si la madre suplente reside y da a luz en California.

En todo caso el derecho a aplicar en cada estado está determinado en su mayor parte en la interpretación hecha por los tribunales. En este sentido cabe destacar alguno de los casos más relevantes.

Uno de los primeros pronunciamientos en materia de gestación por sustitución tuvo lugar en el caso “Baby M”. En 1986 William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el espermatozoide de él. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre gestante, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los tests de amniocentesis resultaba que el feto presentaba anomalías.

La contraprestación ofrecida era de 10.000 dólares. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre gestante, (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían.

Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido.



Esta sentencia fue apelada por la madre gestante, procediendo el tribunal supremo del estado a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, equiparando la maternidad de alquiler a la venta de niños y declarándola ilegal en el estado de Nueva Jersey, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para BabyM. Diez años después, la Corte reconoció a Mary como madre biológica concediéndola un derecho de visita.

Otro caso destacable es de “Jhonson vs Calvert” en el Estado de California en 1993. Los Calvert no podían concebir a pesar de haberse sometido durante cinco años tratamientos de fertilidad. Enterada de esta situación, la señora Johnson se ofreció a actuar como mujer gestante, firmando un acuerdo de maternidad subrogada que establecía que el embrión, creado con el material genético del matrimonio Calvert, sería implantado en la señora Johnson, y tras el nacimiento, el niño sería entregado a los Calvert, renunciando la señora Johnson a "todos sus derechos como madre" respecto del niño.

Las relaciones entre la mujer gestante y los subrogantes se deterioraron. Tras el nacimiento del niño, y con pleitos judiciales de por medio, por decisión del Tribunal el bebé quedó temporalmente bajo la custodia de los Calvert, otorgándole un régimen de visitas a Johnson. A un mes del nacimiento, el juez de primera instancia resolvió que los Calvert eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el acuerdo de maternidad subrogada era válido y exigible. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. La mujer gestante apeló la decisión, y la Cámara de Apelaciones primero y la Corte Suprema del Estado de California después, confirmaron el fallo, sosteniendo que el acuerdo de maternidad subrogada no



es contrario al orden público, entre otras cosas, porque los pagos realizados en el acuerdo tenían como objetivo compensar a la mujer gestante durante la gestación y no compensarla por renunciar a sus derechos de madre respecto del niño; en ningún momento se consideró al niño como una mercancía y el interés superior del menor no se encontraba vulnerado; negarle valor a este tipo de acuerdos impide la libertad de la mujer gestante; y el hecho del parto no establece la maternidad, sino que la intención expresa de las partes fue traer un niño al mundo a favor de los Calvert, y esta es la causa eficiente del acuerdo.

La Corte destacó también que la función de la mujer gestante fue necesaria para causar el nacimiento del niño, asegurando que esta mujer no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si antes de la implantación del cigoto hubiera manifestado su intención de ser la madre del niño.

La maternidad se estableció no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención de tener el niño (es la denominada teoría de la intención). Si la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio.

En el mismo sentido, también resuelto por la Suprema Corte de California de 1998, cabe recordar el caso “*Buzanca vs Buzanca*”. El matrimonio Buzanca solicitó los servicios de una madre sustituta a la que se le implantó un embrión concebido con gametos anónimos. Un mes antes de que naciese la hija concebida por este método, el matrimonio se divorció. Ante la nueva situación el matrimonio Buzanca quiso renunciar a los derechos de paternidad que pudieran corresponderle.



La madre gestante demandó al matrimonio, ahora divorciado, para que cumplieren el acuerdo y se hicieran cargo de la niña. Tanto los jueces de primera instancia como los de apelación llegaron a la conclusión de que ninguna de las dos mujeres podía ser considerada madre legal de la niña.

La decisión se basaba en el UniformParentageAct, sección 7610, que según entendían los magistrados, exige que la madre legal sea progenitora del nacido y haya dado lugar al nacimiento del mismo. Sólo tres años después se resolvió (hasta tanto la niña permaneció confiada a los servicios sociales) declarando la paternidad del anterior matrimonio y ello “con base en el principio de que la paternidad legal puede establecerse por las personas que hayan iniciado un procedimiento o consentido en que éste se inicie con el fin de tener un hijo, incluso en el caso de que el nacido no tenga ninguna relación genética con los comitentes”.

Distinta es la posición el Tribunal de California en el Caso del Matrimonio Moschettaen 1994 que resuelve una demanda de divorcio interpuesta por Cynthia Moschetta en la que se solicitaba el establecimiento en su favor de la filiación materna de la niña nacida durante el matrimonio y concebida a partir del esperma del entonces marido de la demandante (Robert Moschetta) y de los óvulos de la madre subrogada Elvira Jordan, una hispana que recibió un millón de pesetas por concebir el hijo del matrimonio californiano renunciando a sus derechos a favor de los Moschetta. El Tribunal de apelaciones de California declaró padres de la menor al marido de Cynthia Moschetta y a la madre subrogada quien también se había personado en el procedimiento reclamando el establecimiento de la maternidad a su favor.



La juez reconoce que la madre de alquiler actuó en interés de su hija al permitir, una vez descubierta la intención de los Moschetta de separarse al poco tiempo del nacimiento de la niña, que el matrimonio contratante se llevara a su casa el bebé a condición de que permanecieran casados al menos un año y asistieran a sesiones de terapia para solventar sus problemas matrimoniales. Cynthia Moschetta, quien no tenía relación biológica con el bebé, sólo obtuvo derechos de visita.

c) México.

En México, con fecha 30 de noviembre de 2010, se aprobó por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal una iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada que fue posteriormente enviada al Jefe de Gobierno para su promulgación y publicación.

El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal fue una iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al objeto de brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información.

La citada iniciativa de Ley regulaba la Maternidad Subrogada como la práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer, definiéndola en su artículo 2 como «la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante



matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético». Consecuentemente, la Ley no permitía en principio que parejas homosexuales pudieran recurrir a la Maternidad subrogada. Sí permitía la Ley que las mujeres en estado civil diferente al señalado pudieran acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplieren con los requisitos señalados para la madre biológica en la Ley, esto es, tratarse de una mujer con capacidad de goce y ejercicio que posea una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporte sus óvulos para la fecundación, comprometiéndose mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.

En virtud de lo previsto en la iniciativa de Ley, la Maternidad Subrogada se realiza sin fines de lucro para la madre biológica y el padre, y la mujer gestante procurando el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el período gestacional. Sin perjuicio de lo anterior, la madre biológica y el padre deben hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento.

La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. No obstante, en caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.



Se reconoce además a la mujer gestante el derecho a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal⁵³, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal.

El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.

La redacción de la iniciativa de Ley en torno a determinadas cuestiones determinó que el Jefe de Gobierno consultase a especialistas al objeto de evitar que la Ley de Gestación Subrogada rebasara las competencias locales, limitara derechos o discriminara personas, siendo cuestionada ante la Suprema Corte. Consultada el área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se realizaron diversas modificaciones a la iniciativa aprobada por la ALDF, lo

⁵³ El artículo 148, fracciones II y III, del Código Penal para el Distrito Federal (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002), considera como excluyentes de responsabilidad penal en el delito del aborto «II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada».



que concluyó en una nueva iniciativa de Ley que fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011 y subida al Pleno el día 20 de diciembre de 2011.

Las observaciones remitidas por el JGDF a la ALDF modificaron el decreto enviado en los siguientes aspectos básicos: a) se amplía el ámbito de aplicación de la Gestación Subrogada definiendo la misma como “el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo”; b) se eliminan las referencias que pudieran resultar en invasiones a la esfera de facultades federales en materia de salud; c) se remiten al Código Penal los supuestos de interrupción del embarazo que se contemplan en el Decreto, en atención al principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal y la prohibición de analogía en materia penal y d) se precisan los conceptos de interés superior del niño y su carácter primordial.

No habiéndose procedido finalmente a la publicación de la iniciativa de 20 de diciembre de 2011, la promulgación de una Ley de Maternidad Subrogada en México sigue siendo actualmente objeto de debate.

Sin perjuicio de que no exista en el Distrito Federal Ley alguna que regule la maternidad subrogada, es importante tener en cuenta el artículo 162 del Código Civil Federal conforme al cual “los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.



En base a la redacción del citado artículo, que no dispone límite alguno, tanto la maternidad subrogada como otras técnicas de reproducción humana asistida, son admitidas, si bien no se han regulado los efectos jurídicos, lo que plantea diversos conflictos en la práctica.

Pese a lo anterior, existe una especificidad local en el estado de Tabasco (México) cuyo Código Civil contempla expresamente la maternidad subrogada en los artículos 92, 347, 351 y 360. Sin embargo, sus detractores señalan que resultan inaplicables, quedando en un plano meramente abstracto, toda vez que contradicen los principios rectores de las relaciones familiares en México y el propio Código Civil de Tabasco.

En este sentido, establece el artículo 92 que “en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena”. Y continúa señalando que “se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”.

En relación con lo anterior, señala el artículo 347 que “cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de



una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”

Por otra parte, señala el artículo 351 que “el reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre, puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter” y el artículo 360 que “salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo”.

En cualquier caso, tanto en Tabasco como en el Distrito Federal, la maternidad subrogada está concebida como una actividad altruista, por lo que la mujer gestante no podrá recibir dinero por el alquiler de su vientre.

d) Brasil.

Brasil prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica y lo hace sobre la base del artículo 199.4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 conforme al cual “la ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de transplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización”. El 6 de enero de 2011 se publicó en el Diario Oficial la decisión del Consejo Federal de Medicina que apunta a combatir el llamado



"vientre de alquiler" señalando que "la donación temporal del útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial". Distinta es la posición del Consejo Federal de Medicina respecto del denominado "vientre solidario". En este sentido, se admite la gestación por sustitución en aquellos supuestos en que exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado.

e) Argentina.

En Argentina no existe legislación en torno a la gestación por sustitución. No obstante, en tanto que no existe regulación ni siquiera para prohibirla, son frecuentes en la práctica los supuestos de maternidad subrogada.

El Código Civil de la República Argentina, en vigencia desde el 1 de enero de 1871, es el código legal que reúne las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en Argentina. Con numerosas modificaciones desde su entrada en vigencia, sigue constituyendo la base del Derecho civil argentino. A principios de 2011, mediante el Decreto Presidencial 191/2011, se constituyó la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regula la Gestación por sustitución en el artículo 562, ubicado en el Capítulo 2 (Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida) del Título V (Filiación).

El elemento central de la gestación por sustitución es la voluntad de procrear, expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las



personas que intervienen. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe aprobar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) La gestante no ha aportado sus gametos;
- f) La gestante no ha recibido retribución;
- g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) La gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

En cualquier caso, los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza. En este sentido señala el artículo 565 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que “en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.



e) Colombia.

En Colombia, la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-968/09 de 2009, reconoció la validez de los contratos de maternidad subrogada al no existir norma expresa que los prohíba, destacando la necesidad de regular de forma exhaustiva su práctica y el establecimiento de requisitos y condiciones para la celebración del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente, en los años 2008 y 2009, se han presentado dos proyectos de Ley (Proyecto de Ley n° 196 de 2008 y Proyecto de Ley n° 037 de 2009), con idéntico contenido, al objeto de regular en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida, si bien ninguno de ellos ha prosperado. En ellos se regula la gestación sustitutiva como un acuerdo gratuito, formal y confidencial, realizado entre la receptora gestante sustitutiva⁵⁴ y la pareja solicitante⁵⁴ con el fin de llevar a término el proceso de gestación, destacando especialmente la restricción a personas de nacionalidad colombiana, y únicamente para el supuesto de que los solicitantes sean pareja heterosexual, lo que desde el punto de vista práctico supone una importante traba para el turismo reproductivo al impedir el traslado de parejas extranjeras a Colombia para la práctica de la gestación sustitutiva. En cualquier caso para que proceda la práctica de la gestación sustitutiva debe existir en la pareja biológica causa médica comprobada de que alguno de los miembros de la misma no tenga capacidad reproductiva.

⁵⁴ 1. Ser mujer mayor de 25 años; 2. Ser colombiana; 3. Ser legalmente capaz y en pleno uso de sus facultades mentales; 4. No tener problemas de salud; 5. No tener antecedentes de embarazos de alto riesgo; 6. No haber sufrido pérdidas gestacionales; 7. No haber practicado aborto; 8. No tener ningún parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos; 9. Encontrarse en condiciones óptimas de salud; 10. Haberse practicado consulta genética y de cariotipo; 11. Haberse practicado un examen psicológico; 12. Tener prueba de VIH Negativa.



El hecho de que el contrato de gestación sustitutiva sea gratuito no obsta a la obligación de la pareja solicitante de cubrir los costos de los exámenes ordenados por los centros de reproducción asistida a la receptora gestante sustitutiva, cubrir los gastos médicos de la receptora gestante sustitutiva durante el periodo de gestación, cubrir los exámenes solicitados por el especialista durante el periodo de gestación, cubrir los gastos de alimentación y de vestido de la receptora gestante sustitutiva y entregarle un auxilio económico mensual para su sostenimiento.



CONCLUSIONES

1. Desde la década de los años setenta, los avances científicos y tecnológicos han permitido el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución para el problema de la infertilidad y esterilidad humana, cobrando especial interés la reproducción asistida que, con apoyo en dichas técnicas y propiciada por el actual contexto social (reconocimiento de derechos a parejas heterosexuales, homosexuales, nueva configuración de la familia, etc.), ha llegado a convertirse en un fenómeno global de alcance internacional, ampliando su ámbito subjetivo a personas que ni siquiera padecen el problema de la esterilidad (parejas homosexuales, mujeres solas, hombres solos, etc.)
2. La gestación por sustitución genera una gran controversia desde un punto de vista social, ético, biomédico y jurídico. De las críticas efectuadas a su práctica cabe destacar las relativas al ánimo lucrativo y al atentado contra la dignidad de la persona. El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución puede derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, hallándose estas en una situación de mayor vulnerabilidad, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica, junto al elemento económico, la dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral se alzan como los principales argumentos para rechazar la práctica de la gestación por sustitución.
3. Las técnicas de reproducción humana asistida, se apoya en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro, si bien a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece



siempre a la mujer gestante, en la gestación por sustitución la voluntad de ser madre queda disociada de la gestación.

4. Pese a no estar expresamente regulado por nuestro ordenamiento jurídico de nicaragua, el creciente interés por la técnica de reproducción asistida ha provocado un incremento de viaje en los que su práctica es legal, lo que plantea diversos problemas jurídicos.



RECOMENDACIONES

1. Que no debe haber discriminación por razón de nacimiento, por lo que todo menor tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación también para quien haya sido engendrado por medio de técnicas de reproducción asistida.
2. Que la filiación es una relación jurídica de carácter sustantivo que debe tratarse dentro de aquél cuerpo de normas pertenecientes al Derecho de familia, Por tanto la filiación en cuanto a los hijos producto de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida deberán estar contemplada en la ley N° 870 Código de familia de Nicaragua una vez que estas estén reguladas por nuestro ordenamiento jurídico.
3. Que debe tenerse en cuenta que la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida, se encuentra únicamente en ese hecho original (que sea natural o asistida), por lo que no hay ningún tipo de conflicto, ni dificultad insalvable de que exista una regulación unitaria que asimile, la fecundación artificial.
4. Que no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de fecundación asistida, sino la determinación de la filiación del ser ya nacido mediante dicho procedimiento".
5. En cuanto a la Filiación materna efectivamente dentro de los vacíos que los avances en la Biomédicina o Biotecnología, han dejado entrever de



la legislación positiva nicaragüense, específicamente en materia de familia, se encuentra la carencia de regulaciones para establecer el vínculo parental del hijo con sus padres o guardadores inmediatos, entendiendo estrictamente un vínculo sanguíneo-, sobre todo en caso en que dicha concepción sea producto final de la inseminación artificial de tipo heteróloga e incluso al haberse efectuado la fecundación in vitro.

6. Determinar quiénes deben en principio considerarse excluidos o imposibilitados de utilizar los métodos de fecundación asistida, sobre el registro respecto de la procedencia de gametos y embriones, sobre la situación de los donantes de gametos respecto de los hijos, respecto de la necesidad de proteger el patrimonio genético humano frente manipulaciones tales como el clonado (posibilidad de crear copias genéticas de un adulto), la partenogénesis (la estimulación química o mecánica de un óvulo), la ectogénesis (el desarrollo embrionario en una placenta artificial o no humana), la selección de sexo, la experimentación en embriones humanos, etc.

7. En Nicaragua si existen ya centros médicos que desarrollan prácticas relacionadas con la reproducción asistida y por lo tanto, de su intervención, pueden resultar, consecuencias cuya regulación, ameritaría la pronta y necesaria intervención reguladora del Estado.



FUENTES DEL CONOCIMIENTO

FUENTES PRIMARIAS

- Constitución política de Nicaragua.
- Código civil de la Republica de Nicaragua.
- Código de la niñez y adolescencia de la Republica de Nicaragua.
- Código penal de la republica de Nicaragua.
- El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996).
- Resolución del Parlamento europeo del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana.
- Código de familia de la Republica de Nicaragua ley 870.
- Código Civil francés.
- Código Penal Francés.
- Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999.
- Código de Familia Ruso.
- Código de Familia del Estado de California.
- El Código Civil de la República Argentina
- El Código Civil de México.
- El Código Civil de Brasil.
- El Código Civil de Colombia.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.España.



- Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990.
- Convención Americana de Derechos Humanos de Costa Rica (1969).
- La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948.



FUENTES SECUNDARIAS

- ALCORTA IDIAQUEZ, I., “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, n°. 1, enero-junio de 2003, pp. 165-178.
- AMADOR JIMENEZ, M., “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, n°. 6 (Tema: "Ciencia, Tecnología y Sociedad"), 2010, pp. 193217.
- BAFFONE, C., “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, número 137, pág. 441-470
- BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre de 2010, pp. 25-37
- BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., “Delitos relativos a la reproducción asistida” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1998, pág. 153-236
- BERNALES ALVARADO, Manuel y otros. *Biótico compromiso de todos* 2003 Ediciones. Disponible en www.dirac@fcien.edu.uy.
- CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2009), vol. 1, n° 2, pág. 294-319.



- CAMPO MARTIN, A. (Dir.): Libro Blanco Socio sanitario. La infertilidad en España: Situación actual y perspectivas, Madrid, 2011
- CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, Abogados de familia, nº 60, segundo trimestre de 2011.
- DIEZ SOTO, C.M., “Usuarios de las técnicas” en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O, Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, DYKINSON S.L, Madrid 2007, p. 107.
- FÁBREGA RUIZ, C.F., Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida, Comares, Granada 1999.
- FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2011, pág. 127-146.
- FERRER VANRELL, M.P., “Gestación por sustitución. Comentario jurídico” en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir. Jur.), OCHOA MARIETA, C. (Dir. Científico) y MONJE BALMASEDA, O. (Coord.) Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), DYKINSON, S.L, Madrid, 2007. Pp. 159-166
- POLAINO-LORENTE, Aquilino (dirección editorial) "Manual de Bioética general", EDICIONES RIALPS, Madrid, 1994.
- GARCIA RUIZ, Y., Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad, Comares, Granda, 2004.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación, Editorial jurídica de Chile, 1993.



- HERNANDEZ RAMIREZ, A. y SANTIAGO FIGUEROA, J.L., “Ley de Maternidad
- LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267.
- MATOS CUADRO, Elizabeth; ALVAREZ BUIILLAS, Sandra Marit. "Aspectos Ético-legales de las tecnologías de reproducción humana". Revista Electrónica de estudios jurídicos.
- PERDOMO POLCINO, Nelly. La Procreación Médicamente Asistida y El Derecho de Familia en el Uruguay Actual." Revista de Derecho de familia. doctrina. N°10. Uruguay. Año 1995. Páginas 123-139.
- PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, Noticias Jurídicas, diciembre de 2010.
- RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, Aranzadi civil: revista doctrinal, n° 9, 2011, pp. 11-14.
- SALAS CARCELLER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, Revista Aranzadi Doctrinal, n°. 10, 2010, pp. 9-14.
- SÁNCHEZ ARISTI, R, “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, Humanitas Humanidades Médicas (Tema del mes on line). N°. 49, abril de 2010.
- SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”, Revista doctrinal Aranzadi Social, n° 9, 2013, pp. 223-244.
- SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, n°. 1/2005, pp. 275-292.



- STEPTOE, fundador y primer presidente de la British Fertility Society en 1974, había inventado el Laparoscopia, instrumento útil para examinar los órganos reproductivos femeninos.
- VELA SÁNCHEZ, A., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, Diario La Ley, nº 7621, de 3 de mayo de 2011.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M, Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Comares, Granada 1998, pp. 53-151.

OTRAS FUENTES

INFORMES ESPECIALIZADOS

- Informe Warnock, elaborado en el Reino Unido en 1984.
- MINSA. Indicadores demográficos de Nicaragua. Sistema de Información/Oficina de Estadísticas. Ministerio de Salud (MINSA), 2007.



MEDIOS ELECTRONICOS

- <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=42721148011>.
- <http://www.legaliberoamericana.com/attachments/File/Lainsostenibl.pdf>
- http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- http://193.146.160.29/gtb/repositorio/10320139_Lasarte.pdf.
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/.html>.
- <http://www.fundacionmhm.org/humanitasnumero/revista.html>.
- http://www.larioja.org/upload/documents/.La_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada.pdf.
- http://www.larioja.org/upload/documents/680931_DLL_N_76212011.Propuesta_de_regulacion.pdf.