

Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta

Ponencia presentada en las XIII Jornadas Franco Latinoamericana de Derecho Comparado

Pedro Silva Ruiz

Prof de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico

Resumen

La manipulación de los embriones humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación, y particularmente procreativos. La inseminación artificial, homóloga y heteróloga, la fertilización in vitro, la maternidad subrogada, sustituida o suplente, son ejemplos de manipulaciones con fines procreativos, entre otros, en esa nueva disciplina interdisciplinaria que ha venido en llamarse "procreación humana asistida".

El estatus moral (ético), así como jurídico, del embrión, influirá y hasta podría decidir/resolver cursos de acción a seguir en relación con la manipulación de los embriones.

En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, el contrato de la maternidad subrogada ha de examinarse desde la perspectiva tanto constitucional (derecho a la intimidad, el derecho a procrear), como del derecho privado, civil (la validez del contrato).

La presente investigación tiene como propósito analizar la manipulación de los embriones humanos con finalidad procreativa, particularmente lo relativo a la maternidad subrogada y el tratamiento jurídico en el Derecho Comparado.

Palabras Claves: Maternidad subrogada - Embriones - Fertilización in vitro - Reproducción asistida.

**Attended Human Programming:
The Maternity Subrogated, Substitute or Substituted**

Abstract

The manipulation of the human embryos with ends diagnoses, therapeutic of investigation, and particularly procreative. The artificial insemination, homologue and heterologue, the fertilización in vitro, the subrogated maternity, substitute or substituted, they are examples of manipulations with procreative ends, among other, in that new interdisciplinary discipline that she/he has come to call "attended human procreation".

The moral status (ethical), as well as juridical of the embryo, it will influence and until she/he could decide to solve, action courses to continua in connection with the manipulation of the embryos.

In the Puerto Rican juridical classification, the contract of the subrogated maternity must examine so much from the constitucional perspectiva (right to the intimacy, the right to procreate), as the private, civil right (the validity of the contract).

The present research has as purpose to analyze the manipulation of the human embryos with procreative ends particularly the relative to the subrogated maternity and the juridical treatment in the compared right.

Key words: Subrogated maternity - Embryos - Fertilization in vitro - Attended reproducción.

I. Introducción

1. (a) En 1978 nace Louise Brown, el primer "bebé probeta", esto es, el ser humano concebido en el laboratorio -por consiguiente, fuera del seno materno- mediante la fecundación extracorporal de los óvulos de su madre.

(b) Varios años más tarde, en 1984, un matrimonio chileno, padres de unos embriones propios que se encontraban congelados en un laboratorio en Australia, fallecen en un accidente aéreo. ¿Qué hacer con esos embriones?

(c) Algunos años más tarde, en 1988, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, en los Estados Unidos de América, resolvía el renombrado caso del "Bebé M"¹, adjudicando controversias noveles suscitadas de un contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente.

Es de rigor advertir que se llama erróneamente "madre subrogada" a la "progenitora biológica" o "madre natural", que es la que da a luz o procrea la criatura. Además, el término "subrogación" tiene un preciso significado en el orden patrimonial, por lo cual su utilización en este contexto es objetable. Pero continuamos utilizando el concepto "subrogación" siguiendo a la abundante literatura en esta materia (procreación humana asistida) que lo ha generalizado.

2. Con antelación al estudio de algunos de los planteamientos que de aquellas y otras situaciones similares plantean al Derecho, particularmente al de la familia, conviene, aunque tan sólo sea a título informativo, describir algunas de las técnicas de reproducción humana artificial, así como, al menos, hacer unas consideraciones generales.

3. Estas técnicas son, básicamente, dos: (1) la inseminación artificial y (2) la fecundación extracorporal o fertilización in vitro².

1 In the Matter of Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988); véase Pedro F. Silva-Ruiz y J. L. A. de Passalacqua, el tomo 2: Derecho de Familia, Capítulo VIII: "Procreación Humana Asistida", pp. 531-548, de la obra, en dos volúmenes Derecho de las Personas y de la Familia en Puerto Rico: Casos y Materiales (Equity Publishing Co./Butterworth Legal Publishers, USA, 1991).

2 "In vitro" significa, literalmente, en vidrio. Véase, además, Pedro F. Silva-Ruiz: Manipulación de embriones humanos, XXV-1 Rev. Jurídica Univ. Interamericana de Puerto Rico 83 y sigtes. (septiembre-diciembre, 1990).

4. La inseminación artificial (IA) es la "introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual. Puede realizarse: con semen del marido o del compañero, en caso de pareja estable (IAC)" o "con semen de donante (IAD)".³ Se denomina "inseminación intracervical" si el material biológico masculino es introducido en el cuello del útero; "inseminación intrauterina" si dicho material genesíaco es introducido directamente en el interior del útero.

5. Por fecundación in vitro (FIV) se entiende la "fecundación en condiciones de laboratorio de un óvulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide".⁴

Los óvulos se obtienen mediante laparoscopia o "exploración visual de la cavidad peritoneal".⁵ Una vez fecundados, un cierto número de embriones son trasladados o transferidos al útero (FIVTE)⁶, cuando éstos están en condiciones apropiadas para la anidación.⁷

3 Juan Ramón Lacadena: Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales, en Javier Gafo, ed.: "Nuevas técnicas de reproducción humana" (Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986), p.206.

4 Ibid, p. 199.

"In vitro": "que se realiza en un cristal; se hace referencia a una técnica de laboratorio, a diferencia de 'in vivo' que define lo que sucede en el organismo humano vivo". Glosario, en el "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial humanas», aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, Madrid, España, en su sesión del día 10 de abril de 1986, p.134. (Informe Palacios).

Gameto es la "célula reproductiva o germinal; el gameto masculino se llama espermio o espermatozoide y el fenómeno, óvulo." Glosario, Informe Palacios, p. 134.

Los gametos son: "célula sexual (reproductiva) madura, de constitución cromosómica haploide, capaz de fusionarse con otra célula de origen similar, pero de sexo opuesto para dar lugar al cigoto. En los animales, el gameto masculino se denomina espermatozoide y el femenino/, óvulo". Lacadena, supra nota 3, p. 200.

5 Supra nota 3, p. 207. "Laparoscopia es el procedimiento instrumental que permite visualizar el interior de la cavidad del abdomen; se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior y utilizando un artificio luminoso". Glosario, Informe Palacios, supra nota 4, p. 134.

6 FIVTE -Fertilización in vitro con transferencia de embriones.

Una variante es la de la "transferencia intratubaria de gametos". (GIFT o "Garrete IntraFallopian Transfer").

Combinaciones diversas de fertilización in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE) son posibles, siendo las siguientes algunas de ellas:

1. Fertilización in vitro sin transferencia de embrión.

2. Fertilización in vitro sin la subsiguiente transferencia de embriones.

3. Fertilización in vivo y subsiguiente transferencia de embrión (recobrar el embrión del útero de la donante):

a. Fertilización mediante la unión carnal.

b. Fertilización mediante la inseminación artificial.

Véase, Richard Dickey: *The Medical Status of the Embryo*, 32 *Loyola Law Review* 317, 327 (1986).

Fertilización in vitro. La técnica generalmente usada en la fertilización in vitro (FIV) consiste en remover el óvulo mediante laparoscopia cuando el folículo de Graaf se halla próximo a romperse. Este momento se precisa mediante ensayos hormonales o por ecografía. La ovulación artificial puede lograrse mediante la inyección de drogas apropiadas. En estos casos se dispone de más de un óvulo. Cada uno de éstos se mantiene en un medio artificial hasta que se decida el momento de ponerlo en contacto con el espermatozoide. Tan pronto como la fertilización tiene lugar y se ha alcanzado la etapa de 4 a 16 células en el proceso de división se coloca el producto en el útero, el cual debe hallarse en condiciones adecuadas para permitir el desarrollo ulterior. Cuando el espermatozoide del esposo o compañero se habla de fertilización in vitro homóloga y cuando procede de un donante de fertilización in vitro heteróloga.

"Se han desarrollado nuevas técnicas a partir de la FIV identificadas con las siglas GIFT, ZIFT y EMBIFT. El GIFT (gamete intra-fallopian transfer) consiste en transferir al interior de la trompa los espermatozoides y óvulos cuya unión se espera. El ZIFT (zygote intra-fallopian transfer) es el traslado del embrión a la trompa cuando se halla en estado de pronúcleo 24 horas después del inicio de la fecundación, antes de la primera división celular. El EMBIFT (Embryo intra-fallopian transfer) es el traslado del embrión a la trompa 48 horas después de la fecundación".

"Transplante embrionario. El hecho de disponer de más de un óvulo fecundado y que el mismo puede ser implantado durante una etapa adecuada del endometrio, ha dado lugar a la preservación de huevos congelados siguiendo técnicas similares a las de la congelación del espermatozoide. La preservación del huevo fertilizado permite, en caso de fracasar el primer intento, sincronizar nuevas implantaciones cuando el endometrio se halla en óptimas condiciones, eliminando así la necesidad de futuras laparoscopias". Augusto León C., *Consideraciones éticas acerca de las nuevas técnicas de concepción artificial* en Augusto León C. y Francisco López Herrera, "Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela" (Consideraciones preliminares), publicado por la Academia Nacional de Medicina y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela, noviembre, 1989, páginas 12-13.

Puede verse, además, el Capítulo III: "La fecundación extracorpórea como terapia de la esterilidad", en el libro de Miguel A. Soto Lamadrid, *Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho)*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, páginas 33-43.

7 Anidación es el "proceso por el cual el embrión se une a la pared del útero y comienza a introducir en la misma unas (sic; uñas) a modo de prolongaciones denominadas vellosidades coriónicas. La anidación comienza hacia los siete días después de la fecundación, cuando el embrión alcanza al estadio de blastocisto, y termina hacia los catorce días". Supra nota 3, p. 179. Sinónimo: Implantación.

6 El embrión es el "organismo durante los primeros estadios de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando a continuación a denominarse feto."⁸

Es de rigor insistir en que "técnicamente, los conceptos `embrión' y `feto' se refieren a diferentes etapas de gestación en el desarrollo del no nacido, siendo el `embrión' la etapa inicial que concluye a finales de la octava semana. [En los Estados Unidos], sin embargo, el derecho no distingue fundamentándose en esas etapas, y se utiliza el concepto `feto' para referirse a todas las etapas del desarrollo [en el vientre materno]. En su lugar, el derecho diferencia entre la viabilidad y el nacimiento vivo [de la criatura]"⁹.

7. Por manipulación de los embriones humanos "hacemos referencia a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación."¹⁰

8. Las etapas del embrión humano son las siguientes:

a. Desde la fecundación hasta el sexto día al no haberse iniciado la anidación, el ser humano se encuentra en una fase de "preembrión trasplantable".

b. Desde el sexto día de su vida se inicia la interacción con la mucosa uterina hasta que se culmina su anidación al decimosegundo día, momento en que es un "preembrión transportable".

c. A los catorce días se ha formado el disco embrionario y se ha decidido cuál de los genomas manifestará de los dos heredados. Comienza la etapa embrionaria.

d. A los veintiún días se inicia la formación del sistema nervioso.¹¹

9. Como quedase dicho -supra párrafo núm.6- el embrión es el organismo en las primeras etapas de desarrollo, extendiéndose desde la fecundación hasta las primeras seis (6) a ocho (8) semanas.

8 Ibid, p.194. Feto: "a partir de las seis semanas desde la fecundación el embrión pasa a denominarse feto hasta el momento del nacimiento" (p. 199).

9 Note: *Tempest in the Laboratory: Medical Research on Spare Embryos from in Vitro Fertilization*, 37 *Hastings Law Journal* 987, nota 26 al pie de la página.

10 Supra nota 3, p. 209.

11 Emilio Barberá Guillén: La manipulación o mediación científica en la reproducción humana, en el libro "La Filiación a Finales del Siglo XX-Probleática Planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana" (II Congreso Mundial Vasco), Editorial Trivium, España, abril de 1988, p. 14.

La posición sobre el estatus moral del embrión, influirá o hasta podría decidir otras cuestiones o cursos de acción a seguir en relación con el mismo. Para tan sólo mencionar dos ejemplos: (1) el destino de los embriones sobrantes en la fertilización in vitro, en la experimentación¹² con fines procreativos¹³ y (2) la aceptación o no de la experimentación con embriones, con propósitos terapéuticos o no.¹⁴

12 Puede ser fructífero distinguir entre "investigación" y "experimentación". "Por investigación se entiende cualquier procedimiento inductivo-deductivo encaminado a promover la observación sistemática de un fenómeno a raíz de precedentes observaciones. Por experimentación se entiende cualquier investigación en la que el ser humano (en los diversos estados de su existencia: embrión, feto, niño o adulto) es el objeto mediante el cual o sobre el cual se pretende verificar el efecto, hasta el momento desconocido o no bien conocido, de un determinado tratamiento (por ejemplo: farmacológico, teratógeno, quirúrgico, etc.). Instrucciones sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación (Instrucción), Mundo Cristiano, folleto 441, primera edición de abril de 1987, Madrid, España (énfasis en el original). (notas explicativas al pie de página).

13 No nos referimos a la creación/producción de embriones para fines exclusivamente experimentales. Pensamos en la hipótesis en que una mujer, con fines procreativos, sea inducida, con su conocimiento y consentimiento, a superovular. Varios de esos óvulos serían fertilizados in vitro y el número médicamente aconsejable de embriones (unos tres o cuatro máximo) implantados en su útero. Pero en la superovulación se recogieron varios óvulos más. Estos serían también fecundados, produciéndose embriones. El destino de estos embriones sobrantes (spare embryos) es a los cuales me refiero. Adviértase. que pudieron sobrar embriones por dos razones: (1) hay que crear exceso de ellos con el propósito de tenerlos disponibles acaso el primer implante se malogre o los preembriones mismos, aún antes de implantarse, se malogren y (2) se produzcan embriones en exceso, con el propósito de utilizarlos en la investigación.

14 Descarto desde ya la investigación y experimentación con embriones con fines de lograr una raza superior de hombres y mujeres que gobiernen al mundo, por ejemplo.

Para mantener una supervisión y controles adecuados en la investigación y experimentación con embriones y con gametos la intervención estatal es imprescindible.

A título de ejemplo indico que en Gran Bretaña, el Gobierno, una vez sometido a discusión pública el Informe Warnock (infra nota 25), elaboró un White Paper donde presentaba y discutía la legislación que radicaría en el Parlamento. Ese documento es el *Human Fertilization and Embryology: A Framework for Legislation*, del Departamento de Salud y Seguridad Social, Cm 259, 20 páginas. En el mismo se discute la conveniencia y justifica la propuesta para la creación de una instrumentalidad cuasi-pública (Statutory Licensing Authority) que autorice, mediante concesión de licencia, y supervise la investigación y experimentación con embriones. Véase las páginas 35 del documento.

El proyecto de Ley 141 (Bill 141) sobre Fertilización Humana y Embriología fue presentado al Parlamento inglés en 1990. La Cámara de los Comunes ordenó su impresión el 15 de mayo de 1990. Entre otras de sus disposiciones, destacó la creación de lo que se denominaría "The Human Fertilization and Embryology Authority", cláusula 5 y siguientes.

La Embajada Británica en Washington, D.C., me comunica que el proyecto de ley se convirtió en ley el 1ro de noviembre de 1990. En un Comunicado de Prensa, copia del cual se me envió por FAX, emitido en Londres, por el Departamento de Salud, con fecha 1 de noviembre 1990, H/90/532, se informa, entre otros: la creación de una agencia oficial ("The Human Fertilization and Embryology Authority") que otorgará licencia y supervisará los centros autorizados para investigar y experimentar con embriones.

Así, la Iglesia Católica Romana sostiene que la vida humana comienza al momento de la concepción. Entonces, cualesquiera experimentos con embriones, con fines no terapéuticos, se considera inacceptable. La intervención terapéutica sobre los embriones, por el contrario, podría ser lícita. En la Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987, con la aprobación del Papa Juan Pablo 11, se dice:

Como en cualquier acción médica sobre una paciente, son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que se respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo

expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual.

Por lo que respecta a la experimentación, presupuesta la distinción general entre la que tiene una finalidad no directamente terapéutica y la que es claramente terapéutica para el sujeto mismo, es necesario distinguir la que se practica sobre embriones todavía vivos de la que se hace sobre embriones muertos. Si se trata de embriones vivos, sean viables o no, deben ser respetados como todas las personas humanas; la experimentación no directamente terapéutica sobre embriones es ilícita.¹⁵

Comentando igualmente sobre el mismo tema, también se ha dicho:

Es muy claro que el fundamento y alcance de la protección jurídica el embrión humano no aún implantado depende en gran medida en el "estatus moral" que se le atribuya. No debe haber duda que hasta el momento no existe acuerdo universal en la cuestión de su estatus moral y que la discusión internacional continúa aún. No obstante, parece existir un alto grado de acuerdo... de que, en principio la vida humana es digna de protección desde el momento mismo de la conjugación de los gametos sin la consideración de si el embrión, en sus primeros días, ha de ser considerado "persona" o titular de sus propios derechos fundamentales.¹⁶

15 Instrucción supra nota 12. (énfasis en el original).

16 A. Eser, *Legal Aspects of Bioethics*, en "Europe and Bioethics" (Proceedings of the First Symposium of the Council of Europe on Bioethics), Council of Europe, Strasbourg, France, 1990, p. 49 (traducción nuestra). En Gran Bretaña hay voces contrarias a la experimentación con embriones. "La objeción -escribe Higginson- se fundamenta, lisa y llanamente, en la naturaleza del daño ocasionado al embrión. Dicho daño no es insignificante o insustancial. Es daño con D mayúscula -hiriente, maligno y mortal-. Escasamente cualquier embrión que ha sido sometido a experimento(s) se le permitirá que sobreviva esa experiencia, aunque haya sobrevivido a aquél. Dichos experimentos son igualmente objetables, cualesquiera formas en que se hayan realizado: sea que el embrión se haya manipulado, disecado o simplemente observado...". Richard Higginson, *The Ethics of Experimentation*, en el libro "Embryos and Ethics (The Warnock Report in Debate)", ed. N.M. de S. Cameron, Rutherford House Books, Edinburgh, Scotland, UK, 1987, p. 31.

Iglesias, maestra de ética en Dublín, ha sostenido: "¿Qué clase de respeto se le debe al embrión humano? ¿Debe protegerse al embrión humano como ser humano o como propiedad? La única contestación posible... es que el respeto debido al embrión humano no se diferenciará en clase o especie del respeto debido a cualquier otro ser humano. El embrión humano será protegido como un ser humano, no como una propiedad u objeto que pueda utilizarse. Esto significa que el embrión humano tiene el derecho a no ser asesinado y a no ser utilizado o explotado, sin importar propósito o finalidad". Teresa Iglesias, *In Vitro Fertilization: The Major Issues*, en el libro citado en el párrafo anterior, a la p. 25.

Por otro lado, los que sostienen o creen que la vida humana no comienza hasta el nacimiento", o por lo menos, hasta que el feto se "mueva" en el vientre materno, lo que ocurre alrededor de la mitad del embarazo, están más dispuestos o receptivos a aceptar la investigación y experimentación con embriones. Particularmente las permitirían en embriones sobrantes/libres/disponibles de fertilizaciones in vitro para fines procreativos.¹⁹

10. Igualmente importante es señalar el estatus jurídico del embrión?²⁰ Como ya señaláramos -supra párrafo núm. 6-, en los Estados Unidos el ordenamiento jurídico no distingue entre embrión y feto, sino que se refiere a las distintas etapas de desarrollo del feto. Es tan sólo después de que el feto es viable, lo que ocurre en algún momento al comienzo del tercer trimestre, que el Tribunal Supremo Federal ha reconocido que los estados tienen un interés apremiante ("compelling interest") por proteger, pudiendo proteger, la vida del feto.²¹

17 "En el Common Law ha sido tradicionalmente el nacimiento con vida ("live birth") -la expulsión completa del feto del seno materno- el acto que dota al feto de personalidad jurídica y de derechos y responsabilidades asociadas con ser una persona. Hay un listado sustancial de autoridades [refiriéndose a casos resueltos] en los cuales los tribunales se han negado a conferir derechos ("legal rights") al embrión o al feto humano, a menos que nazca, y hasta que nazca, y tenga una existencia separada de la de su madre". New South Wales Law Reform Commission, *Artificial Conception: In Vitro Fertilization, Report 2*, Sydney, Australia, July 1988, pp. 7-8 (nota al pie de página omitida).

En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 1113 (1973), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declinó resolver cuándo comienza la vida humana (p. 159).

18 Traducción del inglés "Quickening" que significa el primer movimiento del feto que siente la madre, que ocurre usualmente alrededor de la mitad del embarazo.

19 Supra nota 9, págs. 983-986.

20 En la ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Derecho de Familia, celebrado en San Juan, Puerto Rico, en octubre de 1990, por el Profesor Antonio Pedrals, de Chile, invita a reflexionar sobre la calificación, naturaleza o status jurídico del embrión, especialmente el obtenido in vitro, sintetizándolas en las proposiciones siguientes: (1) "El embrión es una persona, una cuasi persona, una persona `anticipada', etc. (doctrinas sobre la "personalidad del embrión"); (2) "el embrión, sin tener la calidad de persona, es, con todo, `sujeto de derechos'. Esta posición parte del concepto genérico de `sujeto de derechos' y, dentro de dicha clase, comprende a las `personas' propiamente tales y a entes `no personales', como sería el caso del embrión"; (3) el embrión no es persona ni sujeto de derechos: el embrión es un objeto, pero no un objeto cualquiera, sino un "objeto de respeto"...; (4) "el embrión es un objeto: un objeto simple, susceptible de dominio y, en consecuencia, pasible de las acciones y operaciones que, válidamente, puede ejercitar el titular del derecho de dominio sobre su respectivo objeto"; (5) "el embrión es una entidad 'su' generis', que escapa de las calificaciones anteriores. Dentro de este criterio, por ejemplo, cabe sostener que el embrión participa, a la vez, en cierto modo, de la calidad de sujeto y de objeto de derechos."
Sigue diciendo: "Las opciones anteriores admiten algunas matizaciones. En efecto: Las respectivas posiciones pueden sostenerse tal como están expresadas o, por el contrario, distinguiendo entre dos clases de embriones: (a) Los que tienen hasta 14 días de edad y (b) los que tienen más de 14 días de edad". Pedrals, Intervención sobre los procesos de la procreación humana: Consideraciones desde la Teoría general del Derecho (Ponencia, páginas 6 y 7, omitiéndose notas al pie de página).
21 Roe v. Wade 410 US 113, 160 (1973).

11. Posiblemente convenga distinguir entre el embrión implantado en el útero y el pre-embrión.

En los Estados Unidos, a nivel de reglamento administrativo para la concesión de fondos federales para la investigación, "feto significa el producto de la concepción desde el momento de su implantación y hasta que se determine, luego de su expulsión o extracción (del vientre materno), que es viable". Y "viable, perteneciente al feto, significa ser hábil, después de un parto a alumbramiento, espontáneo o inducido/causado, para respirar y mantener latidos del corazón independientemente de su madre"²².

22 45 CFR 46.203 (c) y (d) (revisado al 1 de octubre de 1989). Se trata de la protección al sujeto humano, en la investigación, particularmente actividades relacionadas con fetos, mujeres embarazadas y fertilización in vitro. (HHS Policy for Protection of Human Subjects) (Subrayado nuestro).

En ese reglamento quedan protegido tan sólo los embriones implantados; los embriones pre-implantados²³ no están comprendidos.

12. En los Estados Unidos, a nivel estatal, Minnesota ha prohibido expresamente la investigación con embriones, exceptuando aquélla dirigida a proteger la vida o salud de los mismos.²⁴

En Gran Bretaña, el Informe Warnock recomendó la aprobación de legislación que permita la investigación con cualquier embrión resultante de una fertilización in vitro hasta catorce (14) días luego de la fertilización.²⁵

En los Estados Unidos también se ha recomendado, por algún autor, que se permita, regulándolo, la investigación con embriones sobrantes.²⁶

En España se ha legislado con el propósito de regular "la donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación". Entre otras disposiciones se ordena que dichas donaciones y utilización de embriones o fetos humanos para las finalidades previstas en la ley, podrán realizarse si se cumplen con los requisitos siguientes:

- (a) Que los donantes sean los progenitores;
- (b) Que los donantes otorguen su consentimiento previo de forma libre, expresa y consciente, y por escrito...;
- (c) Que los donantes y, en su caso, sus representantes legales, sean previamente informados de las consecuencias y de los objetivos y fines a que puede servir la donación;
- (d) Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial;
- (e) Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viable o estén muertos?²⁸

23 En la Exposición de Motivos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española, se dice: "Generalmente se viene aceptando el término "preembrión" también denominado "embrión preimplantatorio" por corresponderse con la fase de

preorganogénesis para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes y aparece en él la línea primitiva...". Ley 35 de noviembre de 1988; BOE núm. 282 de 24 de noviembre de 1988 y BOE núm. 284 de 26 de noviembre de 1988.

24 Minnesota Statutes Annotated seas. 145.421 y 145.422 (West Publishing Co., 1989).

25 Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Chairman: Dame Mary Warnock, Her Majesty's Stationery Office, London, Cmnd. 9314 (Informe Warnock), págs. 64, 66.

26 Supra nota 9, pp. 1001-1005.

27 Ley 42 de 28 de diciembre de 1988; BOE núm. 314 al 31 de diciembre de 1988. Véase el artículo 1.

Debe advertirse que esta ley no hace referencia "a la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados in vitro y en desarrollo, o embriones preimplantatorios, con fines reproductores u otros, ya que se contienen en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida". (de la Exposición de Motivos, subrayado nuestro; véase, además, la Primera Disposición Final de esta Ley de 31 de diciembre de 1988). Para la cita de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, véase la nota 23.

28 Ibid, art. 2.

El Capítulo III de esa ley, sobre investigación, experimentación y tecnología genética, autoriza la aplicación de esta última con fines diagnósticos, industriales, terapéuticos y de investigación?²⁹

A mi juicio, la investigación y experimentación con embriones sobrantes, producidos mediante la fertilización in vitro, es conveniente y saludable para el progreso de la biogenética. Su propósito no puede ser otro que el de mejorar las técnicas conocidas para el tratamiento de enfermedades, así como también el alivio o remedio de la infertilidad.

Debe, pues, legislarse. Se sugiere que esa legislación prohíba la creación de embriones, mediante fertilización in vitro, para fines exclusivamente investigativos y de experimentación. Pero embriones producidos, mediante fertilización in vitro para fines procreativos, que queden disponibles una vez implantados los que correspondan, podrían utilizarse con aquellos propósitos. Se requeriría, además, el consentimiento de los donantes para que los embriones sobrantes puedan utilizarse con los fines anteriormente indicados. Además, los embriones objeto de experimentación no podrían ser transferidos subsiguientemente a un útero materno para su desarrollo posterior, incluyendo el eventual nacimiento de una persona.³⁰

29 Ibid, artículos 7 y 8.

30 Además de la legislación citada, igualmente puede consultarse el Proyecto de Ley sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina de Costa Rica. Es el proyecto oficial, expediente n° 10,568. También debe consultarse el Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción, preparado por el Profesor D. Víctor Pérez Vargas y equipo, de la Universidad de Costa Rica. Toda esa rica experiencia legislativa debe discutirse, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en Puerto Rico (o del país que corresponda), nuestras creencias y pareceres, antes de que aprobemos nuestra propia regulación legislativa sobre el tema en discusión, así como otros íntimamente relacionados.

II. La Manipulación de los Embriones y la Determinación de la Filiación, particularmente en la Maternidad Subrogada

1. Como indicáramos oportunamente, la manipulación de los embriones hace referencia a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de éstos con varios fines, entre otros, procreativos.³¹

2. De las técnicas de fecundación artificial humana, las siguientes dos posibilitan la maternidad subrogada:

(i) el óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza in vitro; el embrión es trasplantado al útero de una mujer distinta a la donante del óvulo, que lo gesta y procrea una criatura; al nacer la criatura, se entrega a la (mujer) donante el óvulo, y

(ii) el óvulo de una mujer es fertilizado in vitro o in vivo después de su obtención mediante lavado; es transplantedo [implantado] en el útero de otra mujer, y nacido el niño es entregado a terceras persona(s), tales como el donante del semen y su esposa.³²

3. Por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la posibilidad (el convenio) en la cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja. Advuértase que la mujer portadora y gestadora de la criatura no es la madre genética o biológica; la mujer que procrea cesará de ser la madre -concepto jurídico distinto a progenitora- si entrega el hijo, renunciando a los derechos filiatorios.³³
4. Como quedó dicho, madre es la mujer que porta y que procrea a la criatura. Así lo recomienda el Principio 14 del Informe del CAHBI que reza: "1. La mujer que da a luz un niño es considerada, jurídicamente, como su madre."³⁴

31 El párrafo núm. 7 de la Parte 1 de este ensayo.

32 Ontario Law Reform Commission: Report on Human Artificial Reproduccion and Related Matters, Ministry of the Attorney General, Ontario, Canadá, Vol. II, 1985, pág. 218 (traducción nuestra).

33 Véase Pedro F. Silva-Ruiz: (1) Maternidad subrogada o de alquiler, en el "Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo", vol. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, España, 1989, pp. 827-847; (2) La maternidad sustituta o subrogada, en la Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Año III, núm. 4, Diciembre de 1989, págs. 72-78, así como otros trabajos del mismo autor citados en los ensayos precedentemente aludidos.

34 CAHBI-Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics (Comité Ad Hoc de Expertos en Bioética). CAHBI, Council of Europe, Legal Affairs: Human Artificial Procreation, 1989, p. 38 (traducción nuestra). El Informe del CAHBI no ha sido aprobado por el Comité de Ministros.

Igual: Baby M., en el estado de Nueva Jersey.

Por el contrario, en California se ha resuelto recientemente que los padres de un varón nacido el 19 de septiembre 1990 son sus progenitores biológicos. En enero, Anna Johnson, una enfermera de 29 años y madre soltera del Orange Country, California, contrató procrear el hijo de Mark y Crispina Calvert. Se le pagarían \$10.000.00. El embrión creado mediante fertilización in vitro con los gametos de los Calvert, fue implantado en el útero de Johnson. Procreado Christopher Michael, la madre subrogada, Johnson, se negó a entregar la criatura. El Tribunal Superior de California (Juez Richard Parslow) resolvió que el "bebé de profeta" era hijo de sus progenitores genéticos y no de la madre subrogada. Se anunció que la decisión judicial sería recurrida. Ver: "Whose Baby will it Be?", Newsweek, 27 agosto 1990, p. 66, "It's All in the (Parental) Genes", Time, 5 noviembre 1990, p. 77.

Es máxima conocida y reconocida por la legislación vigente que Mater semper certa est, esto es, la maternidad siempre cierta es, pues lo que hay que comprobar o probar es el hecho del parto ("quién parió") y la identidad del hijo. Precisamente esta máxima puede quererse alterar en un contrato de maternidad subrogada. En cuanto a la paternidad de la criatura, el marido de la mujer que donó el óvulo se presume padre de aquélla. Dicha paternidad podría impugnarse.³⁵

III. La Maternidad Subrogada

1. El tema concreto de esta parte del ensayo es el de maternidad subrogada, suplente o sustituta, también llamada maternidad de alquiler, según la definimos más adelante. El análisis se limita a dos, de los muchos planteamientos que la misma suscita: 1) la validez o no del acuerdo, convenio o contrato de maternidad subrogada, y 2) las interrogantes que presenta el estado filiatorio de la criatura así concebida, gestada y procreada. Aunque nos centremos en el Derecho puertorriqueño vigente,³⁶ inescapable es recurrir, a modo de ilustración, a las ricas experiencias del Derecho comparado. Unas consideraciones preliminares preceden al estudio de aquellas cuestiones.

2. Como antecedentes históricos remotos que describen la maternidad suplente se citan el Génesis, 16: 2³⁷ y 30: 1-5.³⁸

35 Supra nota 33, el primero de los trabajos indicados, pág. 844.

También, Pedro F. Silva-Ruiz: El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro, 48 Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 25, 27 y 31 (1987). Véase, el párrafo 10 de la Parte III de este ensayo.

36 Véase mi ensayo La familia y los avances científicos: La inseminación artificial y la fecundación extrauterina, 19 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico 533 (1985).

37 "Y dijo Saray a Abram: `Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo'. Abram hizo caso de las palabras de su esposa. Y cuando llevaban diez años viviendo en Canáan, tomó Saray a su esclava Agar y se la dio por mujer a su esposo. El que la recibió como tal, quedando embarazada".

38 "Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, se puso envidiosa y dijo a Jacob: `Dame hijos, porque si no me muero'. Entonces Jacob se enojó con Raquel y le dijo "¿Acaso esto yo en lugar de Dios que te ha negado los hijos?". "Ella le

contestó: 'Aquí tienes a mi esclava Bilá, únete a ella para que dé a luz sobre mis rodillas; así tendré yo también un hijo por medio de ella'. Le dio, pues, a su esclava Bilá como mujer y Jacob se unió a ésta. Bilá quedó embarazada y dio a Jacob un hijo..."

3. Podemos destacar las descripciones de Coleman y la de Keane en los Estados Unidos. Para la primera, "la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, inseminarse artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos filiatorios sobre ella para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte".³⁹ En igual sentido, Keane es de la opinión que la maternidad subrogada significa el contrato de una mujer con una pareja unida en matrimonio, inseminándose artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz o alumbrar un niño cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.⁴⁰

39 Phyllis Coleman: *Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions*, 50 *Tennessee Law Review*, 71, 75 (1982). Véase mi ensayo *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler (a partir de este momento citado como "El contrato de maternidad sustituta...")*, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, núm. 1.447, 25 de febrero de 1987, págs. 5-6 para algunas de las definiciones que aquí ofrecemos:

40 Noel P Keane y Dennis L. Breo: *The Surrogate Mother*, Everest House, New York, 1981, pág. 12.

El mundialmente conocido Informe Warnock, en Inglaterra, define el concepto (surrogacy) en los términos siguientes:

Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. La utilización de la inseminación artificial y los recientes desarrollos en la fertilización in vitro han eliminado la necesidad de relaciones sexuales para producir la preñez (el embarazo) de la madre subrogada. La maternidad subrogada (surrogacy) puede producirse mediante varios medios. La mujer (commissioning mother) que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente. El padre genético puede ser el marido de la mujer (commissioning mother), o el marido de la madre suplente o un donante anónimo. Por consiguiente, hay varias personas envueltas, así como también posibilidades diferentes de envolver a distintas personas, que serán relevantes en la concepción de la criatura, su nacimiento y medio ambiente familiar en los primeros meses o semanas. De las varias posibilidades en que puede establecerse la maternidad subrogada, las más frecuente es aquella que conlleva la inseminación artificial, donde la madre suplente es también la madre genética, inseminada con el semen del esposo de la mujer (commissioning mother) que contrata con la madre suplente. Además, es también posible mediante la fertilización in vitro, donde tanto el óvulo como el espermatozoide provienen de la pareja que contrata, y el embrión resultante se transfiere e implanta en la madre suplente.⁴¹

4. De lo expuesto se desprende que el término "maternidad subrogada" no se refiere a una técnica diferente de concepción artificial sino a la utilización de algunas de ellas. De las técnicas de concepción artificial, las siguientes posibilitan la maternidad subrogada:

a. Una mujer es inseminada artificialmente in vivo con el semen de donante; nacida la criatura, la custodia se transfiere al donante del semen;

- b. El óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza in vitro; el embrión es transplantado al útero de una mujer, distinta a la donante del óvulo, que puede gestarlo y procrear una criatura; al nacer la criatura, se entrega a la (mujer) donante del óvulo;
- c. Una mujer es fertilizada in vivo, el embrión se remueve de ella (lavado de embrión) y se trasplanta en el útero de otra mujer que es capaz de gestar una criatura; al nacer el niño se entrega a la donante de óvulo; y
- d. El óvulo de una mujer es fertilizado in vitro o in vivo después de su obtención mediante lavado; es trasplantado en el útero de otra mujer, y nacido el niño es entregado a tercera(s) persona(s), tales como el donante del semen y su esposa.⁴²

41 Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cmnd. 9314, julio 1984, pág. 42. Informe Warnock, supra nota 25.

42 Ontario Law Reform Commission: Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters, Ministry of the Attorney General, Ontario, Canadá, vol. 11, 1985, pág. 218. Véase, el párrafo dos (2) de la Parte 11 de este ensayo.

5. Para concluir con esta descripción de la maternidad subrogada, y las técnicas para lograrla, el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en España, denomina "contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre) [al] caso en que el hijo habrá de ser habido en las condiciones siguientes: fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio". Lo distingue de lo que llama "contrato de los servicios de incubación en útero ajeno", que describe como el "convenio [por el cual] se estipulan las condiciones por las que debe regirse la gestación en vientre ajeno a la verdadera madre biológica".⁴³

6. La Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Protección, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, de la Iglesia Católica Romana, el 22 de febrero de 1987, rechaza la maternidad subrogada. Plantea: "¿Es moralmente lícita la maternidad `sustitutiva'". Contesta: "No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana". Continúa explicando que "(L)a maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen."⁴⁴

7. En el marco jurídico-constitucional norteamericano, el derecho a la intimidad⁴⁵ ha sido utilizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos "para invalidar una ley estatal. Griswold v. Connecticut... En Eisenstadt v. Baird... se anuló un reglamento que discriminaba entre casados y solteros en cuanto al uso de contraceptivos. En Carey v. Population Services International... se invalidó una disposición estatal que prohibía la distribución comercial de contraceptivos. Skinner v. Oklahoma... dejó sin efecto un estatuto que ordenaba la esterilización de personas convictas dos o más veces de delitos graves que envolviesen depravación moral. En Roe v. Wade... se resolvió que, dentro de determinadas circunstancias, el derecho a la intimidad... es tan amplio como para comprender la decisión de una mujer a terminar o no su embarazo'. [Traducción nuestra.] Al mismo efecto: Doe v. Bolton... Ambos casos establecen, junto a muchos otros, que el Estado no puede invadir la zona de la intimidad personal excepto para proteger intereses públicos apremiantes⁴⁶

43 Véase el resumen de las sesiones del Grupo de Trabajo en Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Madrid, ed. sep. del Suplemento núm. 3/1986, de 15 de enero, pág. 18.

44 Instrucción, supra nota 12, pág. 37-8. El propio documento señala que bajo el nombre de "madre sustitutiva" entiende "a) la mujer que lleva la gestación de un embrión, implantado en su útero que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de

gametos de 'donadores', con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación; b) la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el espermatozoides de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación".

45 "La situación en los Estados Unidos -comparándola con la de Puerto Rico- es distinta. No se ha determinado con exactitud la verdadera fuente del derecho, a la intimidad. Este se ha derivado de la referencia a 'libertad' en las cláusulas sobre el debido procedimiento de ley de la quinta y decimocuarta enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, *Roe v. Wade*...; de la novena enmienda... *Griswold v. Connecticut*..., de la cláusula sobre privilegios e inmunidades, *Doe v. Bolton* y de las emanaciones y penumbras de las primeras cinco enmiendas y el Preámbulo de la Constitución. *Tribe, L.H., American Constitutional Law*...", señala el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Figueroa Ferrer v. E.L.A. 107 DPR 250,260 (1978)*.

En Puerto Rico rige tanto la Constitución de los Estados Unidos como la del Estado Libre Asociado (de Puerto Rico). Por ello es particularmente relevante, e indispensable, el examen del desarrollo del derecho a la intimidad en Estados Unidos, especialmente a nivel federal. Además, el derecho a la intimidad y la protección extendida a la dignidad del ser humano están consagrados en textos de la Constitución de Puerto Rico.

46 *Figueroa Ferrer v. E.L.A. ibid.*, a las págs. 260-1 (cita al pie de pág. omitida). La cita directa interior es traducción nuestra.

En *Eisenstadt v. Baird*, el más alto Tribunal Federal norteamericano señaló:

Es cierto que en *Griswold* el derecho a la intimidad... [es] inherente en la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una entidad independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir un niño ".⁴⁷

47 405 U.S. 438, 453 (1972) (opinión de una pluralidad de jueces) (énfasis nuestro). En *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678, 685 (1977) se cita, por el Tribunal, con aprobación, *Eisenstadt* en el aspecto que nos interesa: La libertad individual de intromisión gubernamental en cuanto a la decisión de procrear. A la pág. 687 dice: "Leído a la luz de su progenie, la enseñanza de *Griswold* es que la Constitución protege las decisiones individuales en asuntos sobre procreación de niños (childbearing) de intromisión estatal injustificada".

Dice *Tribe*: "...el efecto de *Eisenstadt v. Baird* fue significar como decisivo en *Griswold* el elemento de autonomía reproductiva..... *L.H. Tribe: American Constitutional Law, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 2da. ed. 1988, pág. 1339*. En *Skinner v. Oklahoma*, el Tribunal caracterizó el derecho a procrear como "uno de los derechos civiles básicos del ser humano", 316 U.S. 535, 541 (1942) y mismo autor citado.

Del análisis de esa jurisprudencia, un autor opina que el reconocimiento del derecho a procrear "debe lógicamente extenderse a la decisión de cómo ese niño debe ser concebido. La jurisprudencia demuestra que el Estado no puede prohibir a una pareja la decisión de engendrar o dar a luz a un niño. Esta decisión es el fundamento del acuerdo de maternidad subrogada y aparece como la alternativa constitucionalmente protegida. Una vez se decide tener un niño, el método empleado reproducción natural/coital, inseminación artificial o maternidad subrogada debe ser interpretado/entendido como parte de esta amplia garantía constitucional."⁴⁸

Sin embargo, otro autor argumenta que las decisiones del Tribunal Supremo Federal -reconociendo que el derecho a la procreación está constitucionalmente protegido- no deben entenderse como un derecho absoluto, sin limitaciones, a utilizar el cuerpo humano como plaza. Así, el Estado podría intervenir en cuanto a la decisión de cómo y con quién una mujer puede concebir un niño. Además, sostiene, que el derecho a la intimidad se predica sobre actos privados y la procreación subrogada envuelve no tan sólo la decisión personal de dos personas de tener un niño, sino que también intervienen otras personas, como la agencia que gestiona los servicios de la madre suplente .⁴⁹

48 Carol A. Crow: *The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future*, 7 *Journal of Juvenile Law* 80, 87 (1983).

Otro autor, opina que la jurisprudencia no decide directamente el derecho de una pareja casada a la reproducción sexual. No obstante, sostiene que el Tribunal Supremo, en dicta, en numerosas ocasiones, ha reconocido a una pareja casada el derecho a procrear, en términos tan amplios, que comprende la reproducción coital como la no coital. Entiende, además, que si el Tribunal Supremo reconociese el derecho de una pareja casada a la reproducción coital, debería igualmente reconocer el derecho de una pareja a la reproducción no coital. Se expresa en los siguientes términos: "La necesidad de que un donante o suplente provea la esperma, el óvulo o el útero necesario para que una pareja engendre, dé a luz o de cualquier modo tenga un niño, bajo los principios de libertad reproductiva/ procreadora, son también parte de los derechos a la procreación de una pareja casada". *John A.*

Robertson: Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction, 59 Southern California Law Review 939, 958-960 (1986).

49 Cynthia A. Rushevsky, Legal Recognition of Surrogate Gestation, 7 Women's Rights Law Reporter 107, 110-113 (1982). Cita el caso *Ravin v. State*, 537 E.2d. 494, 504 (Alaska 1975) donde se explicó que "(U)n aspecto de un asunto privado es que es privado, esto es, que no afecta adversamente otras personas más allá de su autor y, por consiguiente, no es J,u incumbencia". (subrayado del Tribunal).

Ningún Tribunal ha resuelto específicamente que la Constitución de los Estados Unidos confiere al individuo, casado o no, el derecho a tener acceso a la tecnologías que facilita la reproducción humana asistida.⁵⁰

Algún otro autor ha sugerido que si a la madre subrogada se le paga por sus servicios -lo cual caracteriza como pago por un niño- podría infringirse la Décimo Tercera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria.⁵¹

Pero esa tesis no ha tenido mucha acogida, pues se ha dicho que el pago a la madre subrogada es por sus servicios, voluntariamente rendidos, y no en pago por la criatura cuya custodia renuncia.⁵²

50 Note: Reproductive Technology and the Procreative Rights of the Unmarried, 98 Harvard Law Review 669 (1985). Cita el caso de *Smith v. Hartigan* 556 F. Supp. 157, 51-64 (N.D. III. 1983), indicando que el Tribunal dejó sin resolver el planteamiento sobre el derecho o no de una persona a tener acceso a la tecnología que hace posible la reproducción no coital. Es de rigor advertir que los autores norteamericanos debaten el derecho de una mujer soltera, como también de un hombre soltero, a la reproducción no coital. Véase *Jorra A. Robertson*, supra nota 48, pág. 962 y ss.; *Patricia Kern y Kathleen M. Ridolfi: The Fourteenth Amendment's Protection of a Woman's Rights to be a Single Parent through Artificial Insemination by Donor*, 7 Women's Rights Law Reporter 251 (1982).

51 Note: Surrogate Mother Agreements: Contemporary Legal Aspects of a Biblical \don, 16 University of Richmond Law Review 467, 476 (1982). En Michigan, un Tribunal inferior declaró un contrato de maternidad subrogada nulo. Entre otras razones señaló que la estipulación contractual del pago como uno por servicios personales posiblemente puro obviar la caracterización del pago por la adopción de una criatura conlleva con la Décimo Tercera (13ra.) Enmienda de la Constitución Federal e impedía el cumplimiento específico. *Yates v. Keane* núms. 9758, 9772, slip op. (Mich. Cir. Ct., 21 enero 1988), *crJo en Baby M.* 1988, N.J. Lexis, 1, 19.

52 *Liada J. Lacey: The Law of Artificial Insemination and Surrogate Parenthood in Oúhoma: Roadblocks to the Right to Procreate*, 22 Tulsa Law Journal 281, 306 (1987).

En el caso de *Baby M.*,⁵³ un Tribunal estatal inferior resolvió, luego de una exposición de la jurisprudencia,⁵⁴ que aunque en la casuística "no se mencionan los métodos de reproducción alternativos, [ello] no significa que la reproducción no coital está excluida de las protecciones constitucionales... Por el contrario, debe razonarse que si uno tiene el derecho a la procreación sexual/coital, entonces uno tiene el derecho a la reproducción no coital/asexual. Si es la reproducción/procreación lo que está protegido, entonces los medios para ello también están protegidos. Los valores e intereses que subrayan la creación de la familia son los mismos por cualesquiera medios alcanzables. Este Tribunal resuelve que los medios protegidos se extiendan a las [madres] subrogadas."⁵⁵

La decisión emitida en instancia en el caso aludido -*Baby M.*- fue revocada por el Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey, declarando nulo e inexecutable el contrato de maternidad subrogada por contrario a la legislación y política pública estatal.⁵⁶ En cuanto al derecho a la procreación, el cual reconoce como constitucionalmente protegido, manifiesta que es "muy simplemente el derecho a tener hijos, bien sea mediante relaciones sexuales o por inseminación artificial. No es más que eso. El señor Stern no ha sido privado de ese derecho. Mediante la inseminación artificial [con su semen] de la señora Whitehead, "*Baby M.*" es su hija. La custodia, cuidado, compañía y crianza que siguen al nacimiento no son parte del derecho a la procreación; son derechos que pudieran también estar constitucionalmente protegidos, pero comprenden otras muchas consideraciones...". Concluye diciendo que "el derecho a la procreación es mejor entendido y protegido si se le circunscribe a sus [elementos] esenciales, y cuando se trata de otros derechos sobre la criatura resultante, otros intereses entran en juego [que han de considerarse igualmente]".⁵⁷

53 *In Re Baby M.*, supra nota 51 y 1.

54 El juez de instancia fue de la opinión de que: "(Los) proponentes de este acuerdo de paternidad subrogada argumentan que sus derechos a convenir este contrato está protegido por un derecho fundamental a procrear. Este derecho a procrear está

anclado/descansa en un derecho constitucional del individuo a la intimidad garantizado por las protecciones al debido proceso sustantivo de la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos".

"En 1923, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que una persona en este país tiene el derecho constitucional a 'casarse, establecer un hogar y criar niños'. Meyer v. Nebraska... Mientras puede leerse/deducirse de Meyer un derecho a procrear para criar niños, la cuestión fue expresamente resuelta diecinueve años más tarde cuando en 1942 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos invalidó una ley de Oklahoma permitiendo la esterilización de ciertos criminales y sosteniendo que el derecho a procrear existe entre los 'derechos civiles básicos del hombre'. Skinner v. Oklahoma... Estos derechos fueron considerados, más tarde, como 'derechos -por mucho- más preciados que los derechos de propiedad'. Stanley v. Dlinois... En Cleveland Board of Education v. La Fleur... se asentó/fijó [la doctrina] que la libertad de alternativa personal en asuntos de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la cláusula de debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda".

Al mismo tiempo que estos fundamentales derechos familiares se fueron fijando/asentando en nuestra matriz constitucional, el Tribunal sostuvo que las personas tienen un derecho a la intimidad, digno de protección constitucional. Griswold v. Connecticut... Y finalmente, en 1972, el Juez William Brennan escribió en Eisenstadt v. Baird... Si el derecho a la intimidad significa algo es el derecho del individuo, casado o soltero, de estar libre de intrusión gubernamental injustificada en asuntos que tan fundamentalmente afectan una/ su persona como la decisión de engendrar o parir un niño". 13 FLR 2022.

55 Ibid.

56 In The Matter of Baby M, Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988; 1988 N.J. Lexis, 1, 5, 23, 25 y 65. Véase también las notas 51 y 1.

57 1988 N.J. Lexis, 1, 66-67.

La exposición y análisis del derecho constitucional aplicable amerita que también examinemos, aunque sea brevemente, el derecho al aborto, pues podría acordarse, como parte del contrato que estudiamos, que la madre subrogada aborte o no, por decisión propia o a petición del padre biológico de la criatura.

Tribe resume con estas palabras las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos recaídas en los conocidos casos sobre aborto, Roe v. Wade⁵⁸ y Doe v. Bolton.⁵⁹

Durante el primer trimestre del embarazo, cuando el aborto entraña menos peligro para la vida de la mujer que el alumbramiento, el Estado puede requerir únicamente que un médico debidamente autorizado practique el aborto: ninguna otra reglamentación del aborto se justifica imperiosamente en dicho término.

Después del primer trimestre, el interés estatal imperioso en la salud de la mujer le permite adoptar reglas razonables para promover abortos seguros, pero le impide exigir que el aborto se practique en hospitales, o únicamente con la aprobación de otro doctor o de un comité, en adición al facultativo de la paciente, o conforme a determinada técnica que, por preferible que sea desde una perspectiva médica, no está generalmente disponible.

Tan pronto como el feto es viable, en el sentido de que puede vivir fuera del útero con ayuda artificial, el interés del Estado en preservarlo adquiere carácter imperioso y el Estado está libre de prohibir su extracción prematura (i.e., el aborto) excepto para preservar la salud de la madre...⁶⁰

58 410 U.S. 113 (1973).

59 410 U.S. 179 (1973).

60 Lawrence Tribe: American Constitutional Law, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1978, págs. 924-925 (notas y escolios omitidos), según citado y traducido en Pueblo v. Duarte Mendoza, 109 DPR 596, 616 (1980) (Opinión disidente, sosteniendo que cierta disposición del Código Pena] de Puerto Rico, castigando como delito el aborto, es inconstitucional a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo Federal). En las mismas pág. 616 se expresa: "En Wade, el Tribunal extendió las normas sentadas en Griswold v. Connecticut... y Eisenstadt v. Baird... y expresó que el derecho a la intimidad "es suficientemente amplio para incluir la decisión de una mujer de dar fin o no a su estado de embarazo"... Tal derecho no es absoluto, pero se cuenta entre los derechos fundamentales, por lo que su reglamentación "puede justificarse tan sólo por un 'interés estatal imperioso'...".

El derecho a la intimidad comprende, pues, la decisión de la mujer, casada o soltera, de abortar. En el caso de Baby M, la madre subrogada o suplente se obligó a no abortar la criatura que podría concebir.⁶¹ El Tribunal de instancia resolvió que "aunque exista un contrato de maternidad subrogada, la madre suplente puede 'renunciarlo y concluirlo' hasta el momento de la concepción, respondiendo de los daños patrimoniales (monetarios, dice) que puedan probarse. El cumplimiento específico para exigir la concepción prometida, gestar y dar a luz (a la criatura) no son remedios que están disponibles al padre....". Inmediatamente añadió la excepción: "Después de la concepción, tan sólo la subrogada tiene el derecho, con

exclusión del donante de la esperma, a decidir abortar el feto. Su decisión de abortar cumplirá con las normas establecidas en *Roe v. Wade*..."⁶²

8. En el ámbito, también jurídico, mas no de naturaleza constitucional, sino de derecho privado, civil, la primera cuestión que se suscita, sin duda alguna, es la de la validez del contrato.

Conforme el derecho recogido en el Código Civil de Puerto Rico,⁶³ este contrato es nulo, por ilicitud del objeto y/o de la causa del mismo.⁶⁴

61 13 FLR 2009.

62 *Ibid.* pág. 2019. El Tribunal añadió: "Roe, supra, estableció y reconoció la única y singular cualidad de la mujer. Que tan sólo la mujer tiene el derecho, constitucionalmente protegido, a determinar como su cuerpo y persona puede ser utilizado. El acuerdo de subrogación no reconoció este hecho; por lo tanto, la cláusula de dicho acuerdo que prohibía el aborto, es nula e inexecutable".

En apelación, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey no se pronunció sobre este aspecto - convenir sobre aborto-, ya que por su decisión y fundamentos no tiene que manifestarse sobre este extremo.

63 El Código Civil vigente en Puerto Rico es básicamente el Código Civil español, que fue hecho extensivo en 1889 y que empezó a regir, en Puerto Rico, el 1 de enero de 1890. Está vigente la edición de 1930, subsiguientemente enmendada.

64 Ver mis trabajos: 1) El contrato de maternidad sustituta, supra nota 39, pág. 11 y 2) El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro, *Revista Derecho Privado*, pág. 331 (abril 1987). En el primero de esos trabajos también se indica la opinión de juristas sobre la nulidad del contrato de maternidad subrogada en Quebec, Canadá y en Holanda.

Aunque el Estado de derecho resultante de la aplicación exclusiva de los preceptos enunciados en el Código Civil es transparente,⁶⁵ ello no releva al investigador de la obligación de exponer otras posibilidades de análisis, independientemente de cuál pudiera reflejar su preferencia personal. A la luz de las decisiones, previamente estudiadas, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos -sobre el derecho a la intimidad, particularmente a la procreación- podría pensarse en la posibilidad de abogar por la validez de un contrato de maternidad subrogada. En *Surrogate Parenting Associates, Inc. v. Kentucky*,⁶⁶ el Tribunal Supremo de ese Estado, por mayoría, declaró válido un contrato de maternidad subrogada, reconociendo que "la decisión o no de concebir o procrear un niño está en el corazón mismo... de las alternativas constitucionalmente protegidas."⁶⁷ Además, opinó que existen diferencias fundamentales entre las disposiciones del contrato de maternidad subrogada - particularmente cuando la esposa del hombre con cuyo semen se insemina artificialmente a la madre suplente no es parte en dicho contrato, aunque luego puede adoptar la criatura al renunciar la madre sustituta a su patria potestad- y la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o material alguno por la adopción de un menor de edad. La madre subrogada recibió remuneración por sus servicios. El Tribunal consideró que obligarse a dar a la criatura en adopción no fue una de las estipulaciones contractuales. Sostuvo, además, que entregar la custodia de la criatura a su padre biológico-jurídico, y que luego fuese adoptada por su esposa, no tenía como finalidad desembarazarse del peso y la carga -de la responsabilidad- de la crianza; por el contrario, el fin perseguido fue ayudar a una pareja infértil a tener un hijo, biológicamente relacionado con, al menos, uno de ellos, sentenció el Tribunal aludido.

Esta decisión: 1) extiende la protección constitucional a la libertad de procreación a la maternidad subrogada, y 2) declara inaplicable la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o material en la adopción de menores, por entender que presentan situaciones diferentes.

65 Véase mi trabajo, *El contrato de maternidad sustituta...*, supra nota 39, pág. 11, para una opinión descansando exclusivamente en los preceptos recogidos en el Código Civil de Puerto Rico.

66 704 S.W. 2d, 209 (1986).

67 *Ibid.*, pág. 212. La cita es del caso de *Carey v. Population Services, Int'l*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Por el contrario, en *Baby M* también hubo remuneración, dícese que por los servicios prestados por la madre suplente.⁶⁸ El Tribunal, en cambio, resuelve "no tener duda alguna de

que el dinero es pagado para obtener una adopción y no... por los servicios personales [de la madre suplente o subrogada]".⁶⁹

En el mismo caso, el Tribunal señaló que un contrato de maternidad subrogada gratuito, por consiguiente, no remunerado, no ofendía la legislación vigente, cuando la madre no está obligada a renunciar a su hijo.⁷⁰

Sobre el mismo tema de la validez del contrato de maternidad subrogada, y con anterioridad al caso aludido en los párrafos anteriores, una autora norteamericana manifestaba que se trata más de un "acuerdo de caballeros" que de un convenio o contrato.⁷¹ En el Estado de Kentucky, el Procurador General emitió una opinión, en 1981, en la cual sostuvo que dichos contratos son ilegales, y, por consiguiente, inexigibles, por contravenir política pública estatal contraria al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor para su adopción (baby buying).⁷² El Procurador General de otro Estado Kansas fue de opinión muy parecida a la anterior.⁷³

En otro Estado de la Unión norteamericana, Michigan, se resolvió que la legislación sobre adopción prohibía el pago a una madre subrogada que renunciaba a la patria potestad de la criatura que procreó, con el propósito de que fuese adoptada.⁷⁴

68 La cláusula contractual pertinente reza: "Que la consideration por este convenio, que es compensación por servicios y gastos, y de ninguna manera debe ser interpretada como pago u honorario por la terminación de los derechos filiales [por parte de la madre suplente sobre la criatura procreada] o pago en cambio por el consentimiento a entregar la criatura en adopción... será como sigue: (A) 10.000,00 dólares serán pagados a Mary Beth Whitehead, Subrogada, al renunciarse la custodia [de la criatura] en favor de William Stern, su padre natural, biológico..." Baby M, 1988 N.J. Lexis, 1, 104. Véase también la nota 1.

El Tribunal inferior -que fuera revocado- había resuelto, en Baby M, que el contrato era válido. Dijo: "(S)i las promesas mutuas no fueron suficientes para establecer una consideration válida, entonces ciertamente hubo consideration cuando hubo la concepción. El hombre dio su semen, la mujer dio su óvulo en su esfuerzo planificado por crear un niño; por consiguiente, un contrato". 13 FLR 2018.

No es éste el lugar apropiado para explicar la distinción entre la "causa" de derecho civil y la "consideration" anglosajona, en materia contractual. En Puerto Rico, el Tribunal Supremo en varias ocasiones ha confundido ambos institutos, creando confusión y hasta resolviendo incorrectamente algunos casos. Véase, Pedro F. Silva-Ruiz: Casos para el estudio de la doctrina general del contrato, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, Puerto Rico, 1987, las págs. 286-353 y 378-381 sobre el tema de "causa" y "consideration" contractual en derecho puertorriqueño.

69 Baby M, 1988, N.J. Lexis, 1, 24.

70. Baby M, 1988 N.J. Lexis 1, 6

71. Katie Marie Brophy: A Surrogate Mother Contract to Bear a Child, 20 Journal of Family Law 2635 (1981-82); véase en las páginas 266-287 una propuesta de contrato/ acuerdo de maternidad subrogada.

72 Walter Wadlington: Artificial Conception: The Challenge for Family Law, 69 Virginia Law Review 465, 481-2 (1983), citando Op. Ky. Att'y. Gen. núm. 81-18 (1981). También Commet: In Vitro Fertilization: Third Party Motherhood and the Changing Definition of Legal Parent, 17 Pacific Law Journal 1231, 239 (1985).

73 Note: Surrogate Motherhood: Contractual Issues and Remedies Under Legislative Proposals, 23 Washburn Law Journal 1601, 607-8 (1984).

74 Doe v. Attorney General, 106 Mich. App. 169, 307, N.W., 2d 438 (1981). El Tribunal también resolvió que el derecho de una pareja a hacer decisiones sobre procreación comprendía el derecho a procrear con la ayuda de una tercera persona, la madre subrogada. Igualmente resolvió que este derecho, que dijo era un constitucionalmente reconocido, no facultaba a la madre subrogada a procrear un niño por/mediante pago de honorarios ni tampoco le autorizaba a transferir la criatura a la pareja comitante utilizando las leyes sobre adopción del estado.

Por otra parte, en el Estado de Louisiana, única jurisdicción de derecho civil en los Estados Unidos, se aprobó legislación disponiendo que:

A. Un contrato de maternidad subrogada según aquí definido es absolutamente nulo e inválido e inexigible por ser contrario a la política pública. B. "Contrato de maternidad subrogada" significa cualquier convenio mediante el cual una persona no casada con el dador de la esperma acuerda, por una consideration, ser inseminada, portar el feto hasta su nacimiento y, entonces, dejar al dador de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones sobre el niño.⁷⁵

En resumen, el Estado de derecho en los Estados Unidos, a nivel estatal, es confuso. En el orden judicial parece perfilarse una tendencia a declarar válido el contrato de maternidad subrogada. En el orden legislativo estatal la situación es de desconcierto, pues los proyectos de ley presentados son de todo tipo y naturaleza: desde la total aprobación hasta el total rechazo, con matizaciones de toda índole.⁷⁶

75 Ley Núm. 583 aprobada el 9 de julio de 1987, vigente desde el 1 de septiembre de 1987 ("West's Louisiana, Session Law Service", núm. 4, 1987).

76 Véase, In the Legislatures: "Baby M" Decision Create Flurry of Legislative Activity 13 FLR (BNA) 1295 (21 abril 1987); "Salen al paso de las madres por encargo", en el periódico El Nuevo Día (San Juan, Puerto Rico, 13 de diciembre de 1987, pág. 30), que señala que 70 proyectos de ley que se han radicado en los Estados Unidos, para prohibir, reglamentar o estudiar asuntos relacionados con la maternidad subrogada.

9. El derecho comparado, descriptivo, es interesante. En España, el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó la nulidad del contrato de maternidad subrogada. "El señor Díez-Picazo -dice el informe- defiende, enérgicamente, la nulidad de ese convenio porque -aunque no hay precio- va en contra de la dignidad humana. No caben contratos sobre materia indisponible.⁷⁷ Puig Brutau opina "que la causa del contrato es ilícita y que la prestación supuestamente debida por la madre alquilada es incoercible, tanto por lo que se refiere a la obligación de dejarse inseminar, como a la posterior entrega del hijo y renuncia anticipada a la patria potestad. No puede encontrarse caso más claro, me parece, de que nemo ad precise factum cogi potest".⁷⁸

Montes Penadés sostiene que "el tema ha de enfocarse sosteniendo, desde luego, que la madre será la mujer que da a luz, y que un eventual pacto o acuerdo de subrogación será ilícito o, al menos, irrelevante para el Derecho. No creo que una expresa prohibición resolviera el problema, salvo para aclarar la nulidad del pacto, en los términos del artículo 6 del Código Civil. Pero creo que ya lo es, por contrario al orden público y, además, que una prohibición podrá privar de eficacia al pacto en el sentido de que la mujer portadora no quede obligada a entregar el niño y de que no derive derecho alguno para la pareja o la mujer `comitentes'..."⁷⁹

La doctrina española distingue el contrato de maternidad subrogada del "contrato de los servicios de incubación en útero ajeno".⁸⁰ El precitado Grupo de Trabajos sostuvo:

1. ¿Cabe concertar alguna remuneración por los servicios? La opinión general de los reunidos es que este tipo de servicios no es materia susceptible de un contrato de lucro. De admitirse el contrato, se crearía un instrumento jurídico de explotación personal de las mujeres pobres en favor de las ricas. Se contratarían los servicios de gestación, por razones justificadas de salud o por razones, mucho menos justas, de estética, comodidad, facilidad profesional, etc. El Derecho, en defensa de las mujeres (económicamente débiles) tiene que partir de la nulidad de tal concierto en lo que tiene de oneroso, y paradójicamente negar acción a la mujer gestante (pobre) para poder reclamar a la otra (económicamente fuerte) lo que ésta le prometió por el embarazo.

En el Grupo de Trabajo se impuso como solución la de la gratuidad forzosa. Mas la gestante tiene derecho no a la retribución, pero sí a una indemnización por lo que el embarazo le ha significado (ausencias del trabajo, régimen alimenticio, régimen médico, secuelas, molestias, riesgos de salud, dolores ...).⁸¹

77 Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro, supra nota 43, pág. 18.

78 Carta que dirigiera al autor de este trabajo con fecha 4 de mayo de 1987, comentando el trabajo El contrato de maternidad sustituta..., supra nota 39.

79 Vicente Montes Penadés: La Genética actual y el derecho de Familia, Ponencia, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, septiembre-octubre de 1987, pág. 70 (de la publicación que recoge las cuatro ponencias del Congreso).

80 Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación "in vitro", supra nota 43, pág. 18.

81 Ibid. pág. 19.

Por otra parte, Lledó-Yagué propugna la ilicitud del contrato de incubación en útero ajeno porque su objeto "es la persona misma, y entiendo que sería un lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto, o mercancía, cual si se tratase de algo de interés patrimonial y no como alguien que constituye una finalidad per se..."⁸² Entretanto, un Comité de Expertos del Consejo de Europa recientemente recomendó que la maternidad subrogada debería "prohibirse en principio; nulidad del contrato; prohibiéndose los intermediarios y su

publicidad propagandística, con la posibilidad, por excepción, oficialmente controlada, de permitirla, sin remuneración, y con el derecho de [la madre gestante de] quedarse con la criatura cuando nazca si así lo desea".⁸³

En el Reino Unido, el Informe Warnock recomendó que mediante legislación se dispusiera que todos los acuerdos de subrogación son contratos ilegales y, por consiguiente, inexigibles judicialmente.⁸⁴ La legislación finalmente aprobada lo que prohíbe, castigando como ofensa penal, es la publicidad y la gestión comercial, o con fines de lucro, que fomente y ayude a convenir un contrato de maternidad subrogada.⁸⁵

10. En Derecho puertorriqueño vigente, madre es la mujer que gesta y procrea la criatura. En cuanto a la paternidad, el hijo de una mujer casada se reputa ser del marido de la madre.

Esta presunción puede destruirse con prueba sobre "la falta de fecundación, científicamente hoy demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia...".⁸⁶ Además, la acción para impugnar su propia legitimidad también aprovecha al hijo de "filiación enmarañada".⁸⁷

82 Francisco Lledó-Yagué: El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo, Ponencia al Congreso de Filiación en el 11 Congreso Mundial Vasco, Vitoria Gasteiz, España, octubre de 1987, pág. 21. El mismo autor dice que si tuviera que calificar jurídicamente el contrato de incubación en útero ajeno, la figura que más afín resultaría sería el de arrendamiento de servicio strictu sensu (págs. 23 y ss.). En los Estados Unidos, Mandler, autor de *Developing a Concept of the Modern 'Family': A Proposed Uniform Surrogate Parenthood Act*, 73 *Georgetown Law Journal* 1283, 1311 (1985), opina que el contrato de maternidad subrogada "no es nada más que un contrato pormonerizado de servicios personales, por lo menos en cuanto particulariza los servicios que una subrogada debe realizar para cobrar su compensación".

83 Council of Europe, Strasbourg, Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), CAHBI/INF (87), 2, pág. 6. El mismo grupo también recomendó que "la mujer que da a luz es la madre".

84 Informe Warnock, supra nota 25, "Recomendación" núm. 58.

85 Surrogay Arrangements Act, 1985.

86 Moreno Alamo v. Moreno Jiménez, 112 DPR 376, 388 (1983) y mi ensayo *El derecho de familia y la inseminación in vivo e in vitro*, supra nota 64, pág. 328. En otras palabras, *Pater is quem sanguis demonstrat*. La máxima *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrat* puede quedar desplazada.

87 Robles López v. Guévarez Santos, 109, DPR 563 (1980) y el ensayo citado en la nota anterior, misma pág. Entre otras pruebas, el sistema H.L.A. en la investigación de la paternidad es, hoy día, de gran aceptación por su certeza científica. "H" significa "humano", "L" quiere decir "linfocitos" y "A" por el sistema descubierto y estudiado en el hombre. Además, véase Lee: *Current Status of Paternity Testing*, 9 *Family Law Quarterly* 615 (1975).

En España, Montes Penadés, en el que denomina "contrato de servicios de incubación en útero ajeno (alquiler de útero o subrogación de útero)", postula que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o madre gestante.⁸⁸ Lledó Yagué también se manifiesta en favor de maternidad de gestación por sobre la propiamente genética, en aquel mismo contrato que, al igual que Montes, distingue de otro que ambos denominan "contrato de maternidad para otra con prestación de óvulo y vientre".⁸⁹ Por otra parte, el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado es de la tesis que el "nacido, por la voluntad de una pareja casada, con gametos del marido y de la mujer, pero gestado en vientre ajeno [se le considere] como hijo del matrimonio. En este caso, madre es la madre biológica y no la que pare."⁹⁰

En los Estados Unidos algunas de las interrogantes sobre el estado filiatorio de la criatura nacida de madre subrogada se plantearon en el caso de Baby M.

Recordemos que una mujer casada -Whitehead- fue inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, el señor Stern. Acordaron, además, que la criatura se inscribiría con el apellido Stem, reconociéndose así esa paternidad. El señor Whitehead suscribió una certificación rechazando (desconociendo) la paternidad de la criatura, pues, de lo contrario, él hubiese sido considerado padre.⁹¹

88 Vicente Montes Penadés: El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. Ponencia al Congreso de Filiación en el 11 Congreso Mundial Vasco, Vitoria Gateiz, España, octubre de 1987, pág. 55.

89 Lledó-Yagué: La regulación jurídica de la inseminación artificial y fecundación "in vitro", *separata de Estudios Filosóficos* (núm. 100, vol. XXXV, septiembre-diciembre 1986), pág. 480; Montes, cita anterior, pág. 54.

90 Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación "in vitro", supra nota 43, pág. 22.

91 En el Estado de Nueva Jersey está vigente el Uniform Parentage Act que dispone que "...si la esposa es inseminada artificialmente con el semen donado por un hombre que no es su esposo, se considera al esposo como padre natural del niño así concebido...", N.J.S.A., 9:17-44, que también ordena que "el donante del semen provisto... para ser utilizado en la inseminación artificial de mujer casada, otra que la esposa donante, no será considerado como el padre natural del niño así concebido". Por ello fue necesario que el esposo de la madre subrogada, quien consistió a la inseminación artificial de su esposa con semen del Dr. Stem, suscribiera una certificación rechazando la paternidad de la criatura, pues, de lo contrario, se le tendría como padre.

Por su parte, la señora Whitehead, madre subrogada, y también madre biológica y gestante, se obligó a entregar al señor Stern la custodia de la criatura tan pronto naciera. Además, acordó renunciar voluntariamente sus derechos de patria potestad sobre la criatura -reconociendo que era beneficioso a los mejores intereses del niño-con el propósito de que la señora Stem la adoptara. Nacida la bebé, la señora Whitehead cambió de parecer y no la entregó a los esposos (pareja comitente) Stern.

El tribunal inferior resolvió que la maternidad subrogada no estaba regulada en el Estado de Nueva Jersey y que la legislación vigente sobre adopción no era de aplicación a este tipo de situación. Fue de la opinión, además, que "los únicos conceptos legales que gobiernan son los de *parens patriae* y mejores intereses del niño.⁹² Igualmente estimó que la privación de los derechos filiatorios o renuncia a la patria potestad es un remedio extraordinario que tan sólo puede permitirse una vez se examina cuidadosamente la conducta de la madre y las necesidades del hijo. Analizada la abundante prueba presentada, concluyó ordenar el cumplimiento de la cláusula contractual por la cual la señora Whitehead, madre subrogada, se obligaba a renunciar o terminar sus derechos de patria potestad, entendiendo que así se protegían los mejores intereses de la criatura.

Mas, el Tribunal Supremo del Estado -Nueva Jersey- revocó, ordenando la restitución a la "subrogada" -madre biológica y gestante- todos los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, exceptuando la custodia, la cual, confirmando al Tribunal de instancia, dispuso continuara ejerciéndola el padre. A la madre concedió, además, derechos de visitación, devolviendo el caso al Tribunal recurrido para que en atención a los mejores intereses de la niña, determinara lo que a tal respecto procediera. Como consecuencia de concederle los derechos filiatorios a la madre, anuló la adopción de la criatura que había efectuado la esposa del padre biológico.⁹³

En Puerto Rico rige también la norma de que la patria potestad y custodia se difieren considerando los mejores intereses del menor de edad. Cualquier acuerdo o convenio extrajudicial relacionado con las mismas podría ser revisado judicialmente.⁹⁴

92 13 FLR 2019.

93 Baby M, 1988 N.J. Lexis, 1, 6, 30-6, 90-99.

94 Pedro F. Silva-Ruiz, Las relaciones paterno-filiales, en Revista Cayey (Universidad de Puerto Rico, Cayey), vol. XII, núm.26, págs. 169-172 (1980).

IV Conclusiones y Recomendaciones

1. La manipulación de los embriones humanos es la intervención, el tratamiento o la utilización de los embriones con fines diagnósticos, terapéutico, de investigación, y, particularmente procreativos. La inseminación artificial, homóloga y heteróloga, la fertilización in vitro, y la aplicación de éstas: la maternidad subrogada, sustituta o suplente, son ejemplo de manipulaciones con fines procreativos, entre otros, en esa nueva disciplina interdisciplinaria que ha venido en llamarse "procreación humana asistida".
2. El estatus moral (ético), así como jurídico del embrión, influirá y hasta podría decidir/resolver cursos de acción a seguir en relación con la manipulación de éstos (los embriones).

3. En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, el contrato de maternidad subrogada ha de examinarse desde la perspectiva tanto constitucional (derecho a la intimidad, el derecho a procrear) como de derecho privado, civil (la validez del contrato).
4. La inseminación artificial, la fertilización in vitro y su aplicación, la maternidad subrogada, pueden alterar principios, máximas filiatorios tales como: (1) Mater semper certa est y (2) Pater is est quem iustae nuptiae demonstrat.

De hecho, ésta última se ha modificado, independientemente de los interrogantes que suscite la procreación humana asistida. Aún sin la utilización de estas técnicas, la presunción de que el hijo es del marido de la madre puede destruirse por la falta de fecundación (germen determinante de la paternidad), hoy científicamente demostrable, ya que el acceso carnal sólo, sin fecundación, no genera prole.

Recomendación

1. Es conveniente que se legisle para regular todo los aspectos que comprende la manipulación de embriones humanos, tanto con fines procreativos como otros: diagnósticos, terapéuticos o investigativos.