

MATERNIDAD ASISTIDA: ANÁLISIS Y PROPUESTA DE LEGISLACIÓN

ARTÍCULO

*Coral M. Odiot Rivera**

I. Introducción.....	161
II. Reproducción Asistida.....	162
III. ¿En qué consistió el P. del S. 1568?	163
IV. Evolución de la maternidad subrogada en Estados Unidos.....	168
V. Evolución de la maternidad subrogada en Europa	170
VI. Propuestas y conclusiones	174

I. Introducción

Los avances de la ciencia han sido parte fundamental del desarrollo de la humanidad. Hace cincuenta años no se hubiera imaginado que el concepto de maternidad asistida surgiría y que su surgimiento traería consigo múltiples conflictos sociales, políticos y legales. Este artículo expone las distintas alternativas de reproducción humana asistida, como introducción a un análisis sobre el Proyecto del Senado 1568 presentado (por petición) por la Senadora Lucy Arce. Definitivamente, esta pieza legislativa creó una gran polémica en Puerto Rico. La misma fue catalogada por algunos como una limitación innecesaria, mientras que otros la veían como una prohibición a la ingeniería genética que pretende mercadear seres humanos.

En este artículo se discutirá dicha pieza legislativa, la cual fue correctamente rechazada por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico por claramente violentar derechos constitucionales tales como el derecho a la intimidad y a la igual protección de las leyes, entre otros. Es importante hacer un contraste entre legislación que ha sido propuesta por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico y legislaciones de otros

* Estudiante de segundo año y miembro del Cuerpo de Redactores de la *Revista Jurídica* en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana.

países para de esa forma poder elaborar propuestas de legislación adecuadas a las ideologías sociales y culturales puertorriqueñas.

A raíz de esta discusión y de un análisis general de la evolución de esta ciencia en el ordenamiento jurídico norteamericano y europeo se propondrán ideas para la elaboración de una legislación local que plantee soluciones prácticas a las controversias que puedan surgir a raíz de la práctica de estos procedimientos de reproducción asistida. Es importante que el legislador puertorriqueño se enfrente a controversias que puedan surgir a raíz de los avances de la ciencia moderna. El rechazo a la política pública que se trató de implementar a través del Proyecto de Senado 1568 promete un acercamiento más liberal al análisis y búsqueda de soluciones a través de legislación.

II. Reproducción Asistida

Según la Asociación Nacional de Infertilidad, la infertilidad se define como: “una enfermedad del sistema reproductivo”. Esta Asociación establece que un tercio de los problemas de infertilidad son atribuidos por ciertos factores asociados con el hombre y que a su vez un tercio pueden ser atribuidos a factores asociados con la mujer. Del mismo modo, un veinte por ciento de los casos de infertilidad son categorizados como inexplicables, mientras que un diez por ciento es causado por una combinación de problemas en la pareja.¹ Por otro lado, las técnicas de reproducción asistida se definen como: “todo tratamiento médico y procedimiento de laboratorio que incluya el manejo de óvulos, espermatozoides o embriones humanos, con la intención de inducir un embarazo”.²

Existen varias técnicas utilizadas por la medicina para asistir en la reproducción humana. Estas técnicas están basadas en la inducción, la inseminación, la fertilización, la donación y la subrogación o maternidad sustituta. La licenciada Linette Sánchez, en su artículo *Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales*, discute estas técnicas con detalle. Inducción se refiere a un método de inducción de ovulación en que se utilizan medicamentos hormonales para aumentar la cantidad de óvulos disponibles en el ciclo de ovulación. Por su parte, la inseminación trata sobre un procedimiento de inseminación intrauterina o artificial en que el semen se introduce artificialmente dentro de la cavidad uterina de la mujer en lugar de las relaciones sexuales.³

En cuanto a la fertilización, ésta puede ser *in vitro* o *post mortem*. La fertilización *in vitro* se trata de un procedimiento en el que se extraen los óvulos de los ovarios de

¹ Asociación Nacional de Infertilidad (RESOLVE), *What is infertility?*, <http://www.resolve.org/infertility-overview/what-is-infertility/> (accedido el 1 de septiembre de 2010).

² Linette Sánchez de Bracero, *Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales*, 41 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 499 (2007).

³ *Id.*

una mujer para ser fecundados fuera de su cuerpo; esta unión entre los espermatozoides y los óvulos puede ocurrir de forma espontánea o a través de un método conocido como la inyección intracitoplásmica de espermatozoide. La fertilización *post mortem* se trata de una fecundación de los gametos y/o la transferencia del embrión posterior al fallecimiento de quien aporta el material genético reproductor. En cuanto a la donación, existen distintos métodos: la donación de gametos, la donación de óvulos y la donación o adopción de embriones. La donación de gametos es una cesión voluntaria de células reproductoras masculinas y femeninas; estas donaciones pueden ser anónimas o entre conocidos. La donación de óvulos se trata de un proceso mediante el cual una mujer cede sus óvulos a otra mujer; lo mismo ocurre con la donación del semen, un hombre provee semen para que se utilice en la reproducción asistida. En cuanto a la donación o adopción de embriones, es un proceso por el cual un pareja dona embriones sobrantes creados con su material genético o donado con el fin de que sean utilizados para la reproducción de personas ajenas. Por último, existen dos tipos de subrogación: la subrogación tradicional y la subrogación gestacional. En la subrogación tradicional la mujer embarazada está vinculada genéticamente con el bebé; el embarazo comienza a petición de los padres intencionales quienes, por lo general, establecen una relación contractual con la subrogada para que ésta gesté su bebé, en espera de que al nacer el bebé, la madre subrogada renuncie a todos los derechos de patria potestad y custodia. Por otro lado, la subrogación gestacional se trata de una mujer que está embarazada pero el bebé que lleva en su vientre no tiene ningún vínculo genético con ella; el embrión o embriones que se le transfieren al útero provienen de la pareja de los padres intencionales o por alguna combinación de donantes de gametos.⁴

III. ¿En qué consistió el P. del S. 1568?

El Código Penal de Puerto Rico dispone sobre la Ingeniería Genética y la reproducción asistida. El Artículo 116 sobre clonación humana establece: “[t]oda persona que usando técnicas de clonación genere embriones humanos con fines reproductivos incurrirá en delito grave de segundo grado”.⁵ Por otro lado, el Artículo 118 sobre la manipulación de gametos, cigotos y embriones humanos establece que: “[t]oda persona que disponga de gametos, cigotos o embriones humanos para fines distintos de los autorizados por sus donantes incurrirá en delito grave de tercer grado”.⁶

El P. del S. 1568 pretendía añadir nuevos incisos a los antes citados Artículos 116 y 118 a los fines de:

prohibir la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de

⁴ Sánchez de Bracero, 41 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. en la pág. 2.

⁵ 33 L.P.R.A. § 4744 (2005).

⁶ 33 L.P.R.A. § 4746 (2005).

identidad conocida al momento del nacimiento; prohibir la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción post mortem; prohibir la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida; y prohibir la compraventa de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.⁷

Estos nuevos incisos disponían:

Artículo 116(a). Reproducción Asistida prohibida. Toda persona que participe o utilice técnicas de reproducción asistida con el fin de procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de identidad conocida al momento del nacimiento, incurrirá en delito grave de segundo grado. Incurrirá también en delito grave de segundo grado toda persona que utilice gametos de personas difuntas para provocar la concepción post mortem.

Artículo 116(b). Donantes anónimos prohibidos. Toda persona que practique la reproducción asistida, utilizando gametos, cigotos, embriones o material genético cuya procedencia sea desconocida para los participantes del proceso, incurrirá en delito grave de segundo grado.

Artículo 118(a). Paga por gametos cigotos, embriones y alquiler de vientres. Toda persona que con ánimo de lucro reciba dinero u otros bienes a cambio de gametos, cigotos, embriones o de la gestación de un embrión o de su participación en algún tratamiento de procreación asistida incurrirá en delito grave de tercer grado. Toda persona que practique la reproducción asistida a sabiendas de tal transacción, incurrirá en delito grave de tercer grado.⁸

En la exposición de motivos, el legislador discute diferentes situaciones que han ocurrido a nivel mundial en donde personas solteras compran gametos de donantes anónimos o se someten al tratamiento de reproducción asistida pactando acuerdos de subrogación. El proyecto de ley dispone que estos métodos producen hijos que no tendrán madre y que por consiguiente resultan en “un discrimen contra él así nacido, quien como resultado se convierte en un hijo ilegítimo”.⁹ Del mismo modo establece que este desconocimiento sobre sus raíces podría eventualmente resultar en relaciones incestuosas al no saber quienes son en realidad su familia biológica. En cuanto a esto, establece que “El hecho genético de concebir, en ocasión del cual

⁷ “Prohibición de la reproducción asistida”, P. del S. 1568, 16ta Asamblea Legislativa, 3era Sesión Ordinaria (7 de mayo de 2010).

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

la persona humana es creada por Dios, como los hechos biológicos de gestar y de dar a luz no se pueden borrar por acuerdos entre las partes”.¹⁰

El legislador, en la exposición de motivos, constantemente menciona su preocupación en cuanto al bienestar del menor. Entre sus preocupaciones está el que a través de estos acuerdos de subrogación, se pasa por alto el proceso de adopción en el cual el Estado vela para decidir si los adoptantes pueden cumplir con la tarea de cuidar del niño al cual pretenden dar hogar. Del mismo modo, el legislador muestra preocupación en cuanto al derecho del ser humano de saber y conocer su progenie, lesionando gravemente los derechos del no nacido.

Por otro lado, se menciona la explotación comercial del ser humano citando el Artículo 136 del Código Penal, el cual establece que:

Toda persona que con ánimo de lucro reciba dinero u otros bienes a cambio de la entrega de un menor para adopción, o que ofrezca o dé dinero a cambio de la entrega de un menor para adopción en violación a la ley que regula dicho procedimiento incurrirá en delito grave de cuarto grado.¹¹

El legislador entiende que en el caso de la paga por la obtención de gametos para fines reproductivos significa que se paga por obtener al niño o los niños que nacieran, sin pasar por el proceso de adopción.

Por su parte, el legislador muestra gran deferencia a la institución del matrimonio como elemento esencial para que proceda una adopción ya que según éste el matrimonio es: “fuente de estabilidad, protección y educación”.¹² Por último, el legislador considera que permitir este tipo de métodos de reproducción asistida constituye una violación del principio de la igual protección de las leyes consagrado en la Sección 1 del Artículo II, de la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico ya que esta disposición constitucional prohíbe el discrimen por nacimiento.

A. Vistas públicas: opinión de sectores interesados

Como toda medida legislativa, el P. del S. 1568 fue participe de un proceso de vistas públicas durante los meses de septiembre y octubre del 2010. En estas vistas comparecieron diferentes sectores interesados de la sociedad para opinar sobre la medida. Entre los deponentes que participaron del proceso de vistas públicas están sectores representativos de la medicina de reproducción asistida en Puerto Rico y Estados Unidos, sectores representativos del ámbito legal en Puerto Rico, asociaciones sin fines de lucro y ciudadanos particulares.

¹⁰ *Id.*

¹¹ 33 L.P.R.A. § 4764 (2005).

¹² P. del S. 1568, 16ta Asamblea Legislativa, 3era Sesión Ordinaria (7 de mayo de 2010) [en adelante P. del S. 1568].

Como parte del sector representativo de la medicina de reproducción asistida en Puerto Rico, el doctor Pedro J. Beauchamp, especialista ginecólogo, sub especialista en endocrinología reproductiva e infertilidad al igual que otros médicos con igual especialidad y sub especialidad que dedican sus clínicas ha someter a pacientes a este tipo de método alternativo de reproducción fueron deponentes. Este sector mostró preocupación en cuanto a la criminalización de estos métodos alternativos de reproducción humana y en especial opinan que se malentienden porque la sociedad tiene una percepción distorsionada sobre ésta y consideran que es importante que la infertilidad sea tratada como una enfermedad.

BioLAWgics, un grupo integrado por dos abogadas, dos ingenieros y un médico objetó esta propuesta legislativa porque según éstos, se pretenden prevenir problemas jurídicos inexistentes, son inconstitucionales de su faz y en su aplicación y son contrarios a las tendencias jurídicas en otros países desarrollados. En su ponencia, BioLAWgics establece: “[s]us disposiciones imponen una carga onerosa que impide nuestro desarrollo. Sin embargo, son cónsonas con aquellas instituidas en países teocráticos como Irán, Irak y Pakistán”.¹³ En cuanto a la compra y venta de gametos y el alquiler de vientres, este grupo opinó que “la remuneración económica adecuada facilita e incentiva la disponibilidad de gametos, cigotos, embriones y el alquiler de vientres”.¹⁴

Del mismo modo, la Sociedad para la Medicina Reproductiva de los Estados Unidos (en adelante “A.S.R.M.” por sus siglas en inglés) presentó una ponencia junto a la Sociedad para la Tecnología de la Asistencia Reproductiva (en lo sucesivo “S.A.R.T.” por sus siglas en inglés). Éstos catalogaron la medida como una que impondría una carga innecesaria e inapropiada a los pacientes que sufren de infertilidad en Puerto Rico, al prohibir compensaciones a donantes de óvulos o esperma, impedir el anonimato de los donantes de gametos y establecer la ilegalidad del alquiler de vientres. Entienden que la opción del anonimato debe mantenerse y que los gametos donados deben ser anónimos. Sin embargo, resaltaron la importancia de que se les debe sugerir a los padres que se someten a estos procedimientos a que informen a su hijo/a las circunstancias de su concepción. Por otro lado, el doctor William Gibbons, presidente de la A.S.R.M. y el doctor James Goldfarb, presidente de la S.A.R.T. establecieron en su ponencia que de igual forma, les preocupa las penalidades criminales que se impondrían a los médicos que brinden los tratamientos.

El sector representativo del ámbito legal en Puerto Rico también expuso su opinión a través de comparecencias de no tan solo el Departamento de Justicia de Puerto Rico, sino también de abogados, profesores, estudiantes de Derecho y la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico. Todas sus comparecencias giraban en torno a la constitucionalidad de la medida, al ser ésta una clara invasión al derecho

¹³ BioLAWgics Group, Ponencia, *Ponencia sobre el P. del S. 1568* (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, Comisión de lo Jurídico Penal. 24 de agosto de 2010).

¹⁴ *Id.*

la intimidad del ciudadano y por lo tanto una violación al debido proceso de ley en su vertiente sustantiva. Del mismo modo, establecen violaciones claras a la igual protección de las leyes, al crear clasificaciones sospechosas que atentan contra ciertos sectores de la sociedad. Por último, expresan que la medida promueve un grave menosprecio a la separación entre la iglesia y el Estado la cual debe permanecer intacta en todo proceso para así garantizar el fortalecimiento de la democracia. Es importante mencionar, que el Secretario de Justicia en su ponencia dijo no estar de acuerdo con respecto a la venta de gametos, cigotos y embriones; más sin embargo establece que en cuanto al alquiler de vientres, la remuneración que reciba la mujer que alquila su vientre debe de estar relacionada únicamente con los gastos médicos relacionados al embarazo.

Otras asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, como la Fundación Puertorriqueña de Pacientes con Endometriosis y la Asociación Puertorriqueña pro Bienestar de la Familia, fueron partícipes de este proceso de vistas públicas en representación de otros sectores de la sociedad que se podrían ver afectados por esta medida legislativa. Ambas mostraron su clara objeción al proyecto de ley por restar importancia al interés de personas que por razones ajenas a su voluntad no pueden procrear. Al igual que otros deponentes, muestran preocupación debido a que la Asamblea Legislativa, con la presentación de este proyecto no está protegiendo derechos que han sido establecidos por la Rama Judicial como fundamentales.

Contrario a la mayoría de los deponentes, un grupo denominado como Mujeres por Puerto Rico liderado por Yolanda Miranda felicitó a la Senadora Lucy Arce por presentar un proyecto que según éstas “rechaza proactivamente la trata mercantil, haciendo un uso indebido e inhumano de la ingeniería genética”.¹⁵ Del mismo modo, este grupo dijo que “los avances científicos deben estar al servicio del bien común y no a la perpetuación del individualismo rampante que nos asedia y a la nefasta financiación de industrias que poco les importan los principios justos y éticos”.¹⁶

La Senadora Lucy Arce opinó sobre la medida al periodista Gerardo Cordero del periódico *El Nuevo Día* y dijo para justificar la misma que “en el país no han surgido pleitos legales de reproducción asistida, que ese tipo de legislación no se debe postergar porque lo triste sería esperar que exista un caso para salir corriendo a que un tribunal decida, en vez de tomar acción a tiempo, tomando en consideración todas las partes”.¹⁷

El 3 de febrero de 2011, la Comisión de lo Jurídico del Senado de Puerto Rico emitió un informe negativo sobre la medida legislativa. En este informe, la Comisión, guiados por las ponencias otorgadas por los distintos sectores antes resumidos y conforme a lo establecido por el procedimiento legislativo, correctamente concluyó

¹⁵ Mujeres por Puerto Rico, Ponencia, *Ponencia sobre el P. del S. 1568* (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, Comisión de lo Jurídico Penal, 29 de septiembre de 2010).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Gerardo Cordero, *Pugna por el derecho de nacer*, *El Nuevo Día* (5 de septiembre de 2010).

que esta medida puede incidir sobre los derechos constitucionales de los ciudadanos. Además concluyó que no se ha demostrado que se está ante un problema social, económico, de seguridad o de salud pública que amerite la intervención del Estado mediante la prohibición y penalización de la conducta que establece el P. del S. 1568.¹⁸ De igual forma, la Comisión determinó que:

[L]a intervención del Estado en su rol de *parens patriae* puede regular, sin necesidad de prohibir, las prácticas de reproducción asistida con el fin de brindar igual protección de las leyes a los concebidos y nacidos por técnicas de reproducción asistida.¹⁹

IV. Evolución de la maternidad subrogada en Estados Unidos

En el año 1976, el abogado Noel Keane, quien después fue representante legal de una de las partes en el reconocido caso de “Baby M.” en el 1980; fue el primero en redactar un contrato de subrogación. De este contrato no surgió ningún conflicto porque la madre sustituta no recibió ningún tipo de compensación y no se retractó en ningún momento. Fue debido al éxito que tuvo que decidió crear un centro de infertilidad, el cual actualmente trabaja cientos de casos.

En el año 1980, una mujer utilizando el pseudónimo de Elizabeth Kane, fue la primera madre sustituta que recibió compensación. La señora Kane recibió diez mil dólares por su labor, pero luego de servir como madre sustituta se convirtió en una activista en contra de este tipo de procedimiento. En el año 1983 se llevó a cabo el primer embarazo exitoso a través de la donación de óvulos y en el año 1985 se llevó a cabo la primera el primer caso de subrogación gestacional.

Fue en el año 1986 que surgió el primer conflicto legal en torno a la validez de los contratos de subrogación. En el caso de “Baby M.”,²⁰ Mary Beth Whitehead, madre sustituta en una subrogación tradicional desistió al momento de entregar el bebé a la pareja de padres intencionales con quien había acordado el procedimiento. Este caso fue público y notorio entre los norteamericanos y fue el causante de mucha legislación estatal prohibiendo o regulando este tipo de acuerdos. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey no aceptó la decisión tomada por el tribunal inferior en cuanto a disolver los derechos de la madre sustituta y por consiguiente, darla en adopción a la pareja de padres intencionales. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey decidió que como el menor, desde su nacimiento y durante todo el proceso legal, había vivido con la pareja de padres intencionales debería permanecer con los mismos. Por lo tanto, concedió la custodia del menor a los padres intencionales, concediéndole a la madre sustituta el derecho de visita. Actualmente, el estado de

¹⁸ Informe Negativo del Senado sobre el P. del S. 1568 (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, Comisión de lo Jurídico Penal, 3 de febrero de 2011).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *In the Matter of Baby M.*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).

Nueva Jersey permite contratos de maternidad subrogada, **no** compensados. Como se menciona anteriormente, el revuelo ocasionado por la decisión del caso de “Baby M.” tuvo el efecto de que muchas legislaturas estatales comenzaran a aprobar leyes para prohibir o regular este tipo de acuerdos. El estado de Michigan fue uno de los primeros en legislar al respecto, convirtiendo en delito el formar parte de un acuerdo de maternidad subrogada, imponiendo una multa de cincuenta mil dólares y cinco años de prisión.²¹ Otro estado que no permite este tipo de acuerdo, y por lo tanto considera que se trata de un contrato nulo, es Nueva York.

En el año 1989, la *American Bar Association* (en adelante A.B.A., por sus siglas en inglés), creó dos modelos alternativos que pudiesen ser utilizados por cualquier legislatura estatal para enfrentar el tema de la maternidad subrogada. Una de las alternativas legaliza la práctica de la maternidad subrogada y permite los acuerdos por contrato de este tipo de método de reproducción asistida. Por otro lado, la segunda alternativa, prohíbe los contratos en que una madre sustituta es compensada y obligada a renunciar a sus derechos como madre. Bajo el modelo sugerido por la A.B.A., los estados que aprueben el contrato de maternidad subrogada lo deberán limitar para que sea solo entre la madre sustituta y una pareja casada. Del mismo modo, se tendrá que establecer un vínculo genético entre la pareja y la madre sustituta. Este vínculo puede ser a través de la esperma del padre, el óvulo de la madre o un embrión de la pareja. Del mismo modo, para que este tipo de contrato sea válido, el mismo tiene que ser aprobado por un juez antes de la concepción. Este contrato deberá estar acompañado de una certificación que establezca que la pareja sufre de infertilidad. La madre sustituta podrá desistir del contrato hasta ciento ochenta días antes de la concepción, lo que significará que ella tendrá derecho a quedarse con el niño. Si decide seguir avalando el contrato luego de los ciento ochenta días después de la concepción, la pareja se convierte inmediatamente en los padres legales del niño por nacer.

El Tribunal Supremo de California, en el año 1993 se enfrentó al caso de *Johnson v. Calvert*²² el cual trataba sobre un contrato de maternidad subrogada entre una pareja casada que no podía tener hijos y una madre sustituta. Los Calvert decidieron pagar la cantidad de diez mil dólares a la madre sustituta para que ésta cargara el embrión de la pareja. Este caso se convirtió en el primero que creó conflicto porque la madre sustituta pretendía obtener custodia del niño que cargaba en su vientre, pero que no estaba genéticamente vinculado a ella. Cuando el niño nació, el Tribunal Supremo de California dio la custodia a los Calvert y del mismo modo reconoció la legalidad de los contratos de subrogación en el estado de California. La madre sustituta de este caso, apeló al Tribunal Supremo Federal, pero este denegó su solicitud de apelación.

²¹ 37 Mich. Comp. Laws § 722.859.

²² *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993).

El “Uniform Parentage Act” (en adelante “U.P.A.”, por sus siglas en inglés) fue promulgado por el “National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” (en adelante “N.C.C.U.S.L.”, por sus siglas en inglés) como medio uniforme para establecer filiación. El propósito de esta ley fue garantizar que se tratara de igual forma a los menores, sin tomar en cuenta el estado civil de sus progenitores. Esta ley fue revisada en el año 2000 y enmendada en el año 2002. A través de esta enmienda, el Artículo 8 permite los acuerdos con o sin compensación. El U.P.A. establece que el acuerdo será válido cuando sea aprobado judicialmente, lo que significaría que cuando nazca el niño, el tribunal podrá confirmar que los padres legales del niño son la pareja de padres intencionales que contrata con la madre sustituta. De existir alguna duda sobre si el menor es producto de algún procedimiento alternativo de reproducción asistida o si se trata de un menor concebido producto de la relación entre la gestadora y su pareja, se permite ordenar pruebas de D.N.A. Por otro lado, el U.P.A. permite a la madre sustituta tomar decisiones sobre el cuidado prenatal durante su embarazo. Es importante mencionar que el U.P.A. aclara que los estados que decidan adoptar esta legislación pueden dejar sin efecto el Artículo 8 anteriormente discutido, sobre los acuerdos de maternidad subrogada.

Actualmente, estados como Washington y Utah permiten contratos de subrogación. Otros como Florida, Nevada, New Hampshire, Tennessee, Texas y Virginia permiten los contratos de subrogación para parejas casadas. Por otro lado, Nebraska, Nueva Jersey, Nuevo México y Oregon permiten este tipo de contrato únicamente si no se compensa a la madre sustituta. En cuanto al resto de los estados de la nación norteamericana, la mayoría no tienen leyes que regulen este tipo de procedimiento de reproducción asistida, más sin embargo, el Tribunal Supremo de estados como California y Minnesota se han expresado favoreciendo estos acuerdos. El número de contratos de subrogación ha ido aumentando desde el año 1976. Según el “Center of Disease Control”, para el año 2002 se estimaban quinientos cincuenta nacimientos producto de este método de reproducción asistida. Por otro lado, la Organización de padres a través de la subrogación refleja un total de veinticinco mil nacimientos productos de acuerdos de subrogación desde el año 1976.²³

V. Evolución de la maternidad subrogada en Europa

La evolución de la regulación de estos procedimientos de reproducción asistida en Europa ha sido variada debido a que algunos países guían sus regulaciones por recomendaciones emitidas por instituciones profesionales mientras que otros crean legislación al respecto. La mayoría de países de Europa no permiten los procesos de subrogación uterina con la excepción del Reino Unido, quien lo permite pero con restricciones como ser británico o residente en el país, ser familiar directo y que no se realice un contrato de lucro. Si se revisa la legislación sobre este tema en los países

²³ Judy Keen, *Surrogate relishes unique role*, *U.S.A. Today* (22 de enero de 2007).

Europeos en donde este procedimiento es ilegal, observamos que únicamente la ley española cita explícitamente subrogación de vientres, pero lo hace en la revisión realizada a la Ley Número 35 del año 2006.²⁴

Las técnicas de Reproducción asistida comenzaron a utilizarse en España para los años setenta, inicialmente con la inseminación artificial con el semen del varón de la pareja o algún donante. No fue hasta el 1984 que se produjo por primera vez el nacimiento de un niño a través de la Fecundación *in vitro*. Con estas nuevas tendencias, el gobierno español comenzó el análisis de estos eventos y determinó la importancia de legislar. Aceptaron en la exposición de motivos de la nueva ley la importancia de ampliar la ciencia moderna, pero a su vez entendieron la importancia de vigilar por los derechos de los ciudadanos y evaluar las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Los adelantos científicos surgidos hasta ese momento, pusieron en duda al gobierno sobre los posibles alcances de la ciencia en el aspecto social, ético, biomédico y jurídico. Determinan entonces, la importancia de definir lo que es considerado el status jurídico del desarrollo embrionario lo que fue definido utilizando los estándares establecidos por el Consejo Europeo de Investigación Médica de nueve naciones:

Por embrión propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más . . . Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado *in vitro* más allá del día 14 al que sigue a su fecundación.²⁵

Esta primera Ley reguló las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos fueron permitidas por ley cuando se advierte que son clínicamente justificadas y el procedimiento es realizado en clínicas autorizadas. Aclaran que las técnicas deben ser utilizadas con el fin de ayudar en la procreación a personas estériles que hayan intentado otros métodos infructuosamente.

La Ley del 1988 regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos de salud y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados. Además, aceptaron el uso de éstas

²⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

²⁵ Ley 35/1988, 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, según enmendada por Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

técnicas para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, no obstante no define ni menciona la alternativa de subrogación de vientres.

Esta ley determinó que las técnicas de reproducción asistida podrían utilizarse solamente cuando:

1. Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
2. En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.²⁶

El Capítulo III de esta Ley expone claramente que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por dicha Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado y determina el derecho a la confidencialidad del que ofrece su gameto, excepto en casos de que la vida del niño/a esté en peligro. Además, estableció la creación de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, cuya función es la colaboración con la administración en la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizan las técnicas de reproducción asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.

Los avances científicos, el desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción y el aumento en investigaciones luego de la creación de la primera ley del 1988 y la necesidad de aclarar y reglamentar los que se haría con los gametos congelados que existían antes de establecerse la Ley fueron algunas de las razones por las que el Gobierno Español revisó la Ley Número 35, de 22 de noviembre de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida. La ley del 1988 establecía una reglamentación clara para aquellos gametos que se desarrollaban a partir de la ley, pero no era claro con aquellos congelados antes de la misma. Por esta razón, esta nueva ley estableció un trato similar para todos los gametos.

Según la información pública disponible, España es el único país de habla hispana que prohibió expresamente la maternidad subrogada y por primera vez, esta legislación hace claro su postura en cuanto a la subrogación de vientres y expone:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

²⁶ Ley 35/1988, 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, según enmendada por Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.²⁷

A pesar de la ley, los españoles han continuado la lucha por que se derogue la prohibición de alquiler de vientres por considerarlos una alternativa adecuada para parejas que no puedan procrear por otros métodos. En el Congreso de la E.S.H.R.E. (Europeana Society for Human Reproduction and Embriology) que se celebró en Barcelona en julio de 2008 recibió el impacto de los médicos que reclamaban que se legalizara este tipo de tratamiento. Muchas parejas españolas están acudiendo a otros países para lograr concebir un niño a través de un vientre alquilado, no obstante, cuando regresan al país se encuentran con la problemática de que la ley no les permite reconocerlos como hijos propios.

En Francia, sin embargo aún es ilegal este procedimiento de alquiler de vientre a través de contratación. No obstante, luego de que en el 2007 por primera vez la justicia reconociera a una pareja el derecho de reconocer a una niña nacida de un vientre alquilado como hija propia se comenzó un proceso de legislación para aprobar este tipo de procedimiento. En este caso, la ley que está siendo revisada incluirá los requisitos de que el procedimiento pueda ser llevado a cabo únicamente con parejas heterosexuales que hayan convivido por lo menos dos años y que se evidencie que la madre no puede quedar embarazada.

Países como Ucrania y Bélgica aceptan el procedimiento y se han convertido, junto a India y Estados Unidos, como destino fundamental para la maternidad de alquiler. La maternidad de alquiler en la India es menos costosa y las leyes son flexibles desde el 2002. En el 2008, la Corte Suprema de la India resolvió que la maternidad comercial estaba permitida en este país. Recientemente, dado el auge de solicitud de madres subrogadas en la India el gobierno ha desarrollado un proyecto de ley para regular la calidad de la madre de alquiler y la cantidad de veces que puede alquilar su vientre. Este proyecto de ley establece que la madre de alquiler puede someterse al procedimiento de implantación de embriones de una misma pareja no más de tres veces. Este proyecto convierte en ilegal la gestión de los homosexuales y lesbianas de optar por tratamientos de fertilización debido a que este tipo de relaciones son ilegales en la India.

Entre los países que prohíben esta práctica alternativa de reproducción asistida se encuentran: España, Francia, Portugal, Italia, China y Japón. Otros países como Canadá, México, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia y Holanda regulan la práctica para determinadas situaciones. Por último países como Sudáfrica, Nueva Zelanda, Rusia, Ucrania, Rumania, Irán, Israel, India y algunos estados de los

²⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Estados Unidos fomentan la práctica convirtiéndola en legal sin importar si es o no remunerada.

VI. Propuestas y conclusiones

Para enfrentar conflictos que surjan a raíz de los métodos de reproducción asistida se debe, antes que todo, comprender que se trata de la búsqueda de alternativas para una enfermedad conocida como infertilidad, la cual como muchas otras, se encuentra en la búsqueda de alternativas para combatirla. Según las cifras del Departamento de Salud de Puerto Rico, la infertilidad es más propensa en mujeres de treinta años en adelante.²⁸

Se trata de mujeres que han pospuesto sus deseos de tener una familia, en muchas ocasiones por terminar una carrera profesional o por desempeñarse exitosamente en una profesión. Entre la gran variedad de métodos alternativos de reproducción asistida, los cuales se discuten con más detalle en la segunda sección de este artículo; los procedimientos que han sido regulados por haber causado cierto tipo de conflicto legal han sido la subrogación en su modalidad tradicional o gestacional y la donación de gametos. Estos conflictos, usualmente surgen en cuanto a la validez de los acuerdos entre la madre sustituta y los padres intencionales.

Estos acuerdos de subrogación o donación pueden ser comerciales o altruistas. En los acuerdos comerciales, la pareja le paga a la madre sustituta una cantidad de dinero, además de los gastos en que ésta incurre durante el embarazo. Este tipo de acuerdo suele ser polémico entre un sector que considera la subrogación como la venta de niños, algo que por razones obvias vinculadas al tráfico humano, es social y legalmente inaceptable. Del mismo modo, estos acuerdos pueden ser altruistas, o sea, que se le paga a la madre sustituta solo los gastos incurridos durante el embarazo.

Es necesario que Puerto Rico responda efectivamente a estos avances en la ciencia que de alguna manera tienen un impacto en nuestra sociedad. La respuesta no se encuentra en la prohibición de decisiones que sin duda alguna son de índole privada, no solo porque involucran aspectos íntimos del ser humano, sino también porque a su vez convergen con derechos constitucionalmente protegidos. Ciertamente, la Asamblea Legislativa debe de regular este tipo de procedimiento de reproducción asistida. Una respuesta efectiva para enfrentar posibles conflictos que surjan como consecuencia de la realización de este tipo de métodos de reproducción asistida, no se encuentra en la prohibición de los mismos sino en la regulación de los procedimientos. Bajo el modelo sugerido por la "A.B.A.", los estados que aprueben el contrato de la maternidad subrogada lo deberán de limitar para que sea solo entre la madre sustituta y una pareja casada. En este sentido, Puerto Rico debe de aprobar una medida que le conceda a cualquier pareja, no necesariamente

²⁸ Departamento de Salud de Puerto Rico, Secretaría Auxiliar de Planificación y Desarrollo División de Análisis Estadístico, Informe Anual, 2006 Tasas específicas de fecundidad.

legalmente casada la posibilidad de acordar este tipo de procedimiento. Si se analiza esta posición a partir de lo establecido en los Artículos 130 al 138 del Código Civil de Puerto Rico²⁹ existen ya unos requisitos establecidos para la adopción en Puerto Rico. Sería prudente ser consistentes y utilizar los mismos requerimientos para conceder la posibilidad de acordar contratos de subrogación. En cuanto al vínculo genético entre los padres intencionales y la madre sustituta se entiende que no debe de existir necesariamente un vínculo genético. Esto porque de así sostenerlo, limitaría las opciones de tratamiento para las diferentes modalidades de infertilidad.

Antes de la concepción, es importante aclarar conceptos sobre la validez del contrato al que han de acordar las partes que pretenden someterse a este procedimiento. Los contratos de subrogación en Puerto Rico deben de regirse por las normas establecidas en nuestro ordenamiento y que regulan los contratos. Nuestro ordenamiento, a través de ciertas disposiciones del Código Civil de Puerto Rico, dispone que para que exista un contrato válido deben de coincidir el consentimiento entre las partes, un objeto y una causa.³⁰ Se debe de prestar particular atención a lo establecido en el Artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico. El mismo dispone que: “[l]os contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público”.³¹ Esta disposición de ninguna manera implica la invalidez de los contratos de subrogación debido a que según el Tribunal Supremo de Puerto Rico, el orden público se define como:

[U]n límite contra los abusos del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. Es un instrumento de operatividad de valores, reflejo de unas convicciones sociales. Actúa como instrumento jurídico progresivo y dimanante del ordenamiento jurídico para acomodarlo al sentir y la realidad social del tiempo en que deba ser aplicado. Incorpora los principios fundamentales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico de un país.³²

En este sentido, el consentimiento, el objeto y la causa de estos contratos de subrogación o donación cumplen con lo dispuesto en este artículo. Aunque existe un sector público que considera de acuerdo a su definición de moralidad que esta contratación va en contra de la ley, la moral y el orden público, esta concepción es totalmente opuesta a la definición que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha dado al concepto de orden público. Este tipo de contratación es un mecanismo novel al cual nuestro ordenamiento debe de acoplarse. Sin duda alguna, un proyecto de legislación

²⁹ 31 L.P.R.A. §§ 531-539 (2005).

³⁰ 31 L.P.R.A. § 3372 (2005).

³¹ 31 L.P.R.A. § 3421 (2005).

³² *De Jesús González v. A.C.*, 148 D.P.R. 256, 255 (1999).

que pretende criminalizar estos métodos está lejos de adaptarse a los nuevos cambios que exige nuestra sociedad basados en unas necesidades de evolución.

El Artículo 1231 del Código Civil de Puerto Rico establece la posibilidad de que algunos contratos por disposición de ley exijan la forma en que deben desarrollarse los mismos.³³ En este sentido, el contrato de subrogación o donación deberá ser presentado ante un juez y un panel de profesionales de la salud antes de la concepción, para que éste sea evaluado y posteriormente aceptado de cumplir con los requerimientos de ley establecidos. Este proceso disminuirá considerablemente los futuros conflictos legales que pudieran surgir a raíz del mismo, ya que estos podrán ser identificados con antelación. Del mismo modo, la madre sustituta podrá desistir del contrato hasta ciento ochenta días antes de la concepción, lo que significará que ella tendrá derecho a quedarse con el niño. Si decide seguir avalando el contrato luego de los ciento ochenta días después de la concepción, los padres intencionales se convierten inmediatamente en los padres legales del niño por nacer. En cuanto a la compensación, como cualquier otro trámite contractual, deberá ser establecida por las partes. Esta compensación y la intención de las partes en cuanto al establecimiento del contrato será analizado por el juez y el panel de profesionales antes de la concepción. De este modo, se protege la integridad del procedimiento. La compensación que deberá ser obligatoria es la relacionada con el cuidado prenatal. El cuidado prenatal debe asegurar tanto el bienestar del niño como el de la madre sustituta.

A pesar de que este tipo de acuerdo puede verse como algo un tanto novel, en Puerto Rico han nacido niños por este proceso desde la década de los ochenta. Hasta el momento el Tribunal Supremo de Puerto Rico no se ha expresado al respecto y la Legislatura solo ha presentado el proyecto que se discute en este artículo, proyecto que sin duda aparente estar viciado por un sector no representativo de la población puertorriqueña.

³³ 31 L.P.R.A. 3452 (2005).