



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Facultad de Medicina
Posgrado en Ciencias Médicas, Odontológicas y de la Salud
Maestría en Bioética

**ANÁLISIS BIOÉTICO DE LA GESTACIÓN SUROGADA
EN LA CIUDAD DE MÉXICO**

Francisca del Carmen Silva López

Tutor
Dr. José Antonio Moreno Sánchez

Mayo 2012

INDICE

Prefacio

Introducción

Capítulo 1. La gestación subrogada

1.1. Objeto

1.2. Actores

1.3. Proceso

1.3.1. Proceso a través de una agencia especializada

1.3.2. Proceso a través de una madre subrogada independiente

1.4. Fecundación

1.4.1. Inseminación artificial

1.4.2. Fecundación *in vitro*

1.5. Procedimientos legales y contrato de subrogación

1.6. Costo

1.7. Maternidad, paternidad y filiación

Capítulo 2. Marco teórico: la bioética

2.1. La bioética, valores y principios

2.1.1. Valores, principios y normas morales

2.1.2. Principialismo versus filosofía moral

2.2. Áreas, teorías y modelos

2.3. El modelo personalista

2.3.1. Fundamentos del enfoque personalista

2.3.2. Dignidad y persona

2.3.3. Autonomía

2.3.4. Crítica personalista a las éticas modernas

2.3.5. Principios de la bioética personalista

Capítulo 3. Dilemas éticos

3.1. Casos relevantes

3.2. Dilemas generales y específicos

3.3. ¿Es moral la gestación subrogada?

3.3.1. Análisis kantiano

3.3.2. Enfoque liberal

3.4. Estatus del embrión en la gestación subrogada

3.5. Salud mental del niño

3.6. Multiplicidad de casos, multiplicidad de dilemas

Capítulo 4. Gestación subrogada en la Ciudad de México

4.1. Legislación internacional

4.2. Legislación mexicana

4.3. La legislación en la Ciudad de México

Bibliografía

Anexos

PREFACIO

Esta tesis se realizó en el marco de la Maestría en Bioética perteneciente al Posgrado en Ciencias Médicas, Odontológicas y de la Salud que ofrece la Universidad Nacional Autónoma de México. Se recomienda la lectura del documento a los profesionales dedicados a la medicina de la reproducción humana, al personal de salud, a los especialistas en bioética, ya sean médicos, enfermeras, psicólogos, abogados y filósofos, así como a toda persona interesada en temas bioéticos.

Con este entregable concluye el ciclo que inició en agosto de 2010, al inicio del primer semestre del año académico de 2011. Fueron dos años de trabajo arduo y continuo, con 18 asignaturas y una práctica docente de 40 horas. El promedio general alcanzado fue de 9.3. Lamentablemente no pude ser beneficiada con una beca de la UNAM para realizar esta investigación. Fue el sacrificio de mi familia lo que me permitió salir adelante.

INTRODUCCIÓN

Los avances en las ciencias biomédicas han revolucionado el área de la reproducción y abierto una caja de pandora. Hoy son una realidad los niños de probeta, la clonación, la selección de sexo, los niños a la carta, el embarazo masculino, la combinación de especies y otras posibilidades que desatan fuertes polémicas. Entre las innovaciones, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada han ampliado el abanico de posibilidades para tener un hijo en beneficio de aquellos que desean ser padres pero no habían podido. Ahora para ser padre no hace falta tener una esposa o compañera, para ser madre no se necesita un marido o un compañero, ni siquiera se necesita embarazarse. Ahora se puede “gestar” y “dar a luz” por medio y gracias a una madre ajena. Esa innovación reproductiva ha venido a transformar los conceptos de maternidad, paternidad y filiación.

Un caso especial de reproducción asistida

La gestión subrogada es la práctica mediante la cual una mujer gesta a solicitud de un tercero y al nacer entrega al niño a la pareja o a la persona que le solicitó embarazarse.^{1/} El compromiso entre las partes es que la madre gestante ceda legalmente todos los derechos sobre el hijo nacido a cambio de una contraprestación monetaria, el reembolso de los gastos médicos y una manutención durante el embarazo. Pero no todo es negocio. También hay mujeres que aceptan participar de manera altruista, por el gusto de ayudar y hacer feliz al prójimo. El acuerdo excluye la relación sexual directa. La fecundación se realiza mediante inseminación artificial o fecundación *in vitro* con trasplante de gametos. El material genético, el óvulo y el espermatozoide, proviene de alguno de los futuros padres o de ambos, de parientes, amigos, conocidos o personas anónimas; hay decenas de combinaciones. La mujer que presta el útero y eventualmente el óvulo puede trabajar en coordinación con una agencia especializada, actuar por cuenta propia o ser pariente de alguno de los solicitantes: abuela, tía, hermana o sobrina. El acuerdo toma la forma de un contrato pero en los países donde están prohibidos se limita a un entendimiento verbal.

Este moderno método de reproducción también se conoce como renta o alquiler de útero; locación o arrendamiento de vientre; maternidad por sustitución; gestación por cuenta de otro y maternidad gestante. Entre las expresiones utilizadas para denominar a las mujeres que se prestan a esa práctica encontramos por ejemplo, madre subrogada, madre substituta, madre de alquiler, madre de encargo y madre portadora.

Esos términos son utilizados como sinónimos pero no necesariamente significan lo mismo, por ejemplo, la subrogación no siempre implica una transacción comercial. De igual modo, no es lo mismo maternidad que gestación; en la primera, la mujer que presta el útero también aporta un óvulo y por lo tanto es condueña del embrión y madre biológica del niño; en cambio, en la segunda, la mujer que presta el útero no aporta material genético, es ajena al embrión implantado y por lo tanto no tiene parentesco biológico con el nacido aunque sea ella la que lo ha traído al mundo; ella sólo sirve como una especie de incubadora y, más que hijo, el feto es un huésped. La mujer que

¹ Report of the Committee of inquiry in to human fertilization and embryology (Chairman-Dame Mary Warnock), Her Majesty's stationery office, United Kingdom 1984. “Subrogar” significa sustituir o poner una persona en lugar de otra para que cumpla una función asignada a esta última.

acepta embarazarse bajo esta última modalidad no es una madre subrogada sino una madre gestante.^{2/}

Antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida la única manera para un hombre fértil de tener descendencia era precisamente la relación sexual directa con una mujer, ya fuera la primera, segunda o tercera esposa (en sociedades poligámicas), amante o esclava cuando éstas existían. El caso bíblico y de Abraham y Sara es bien conocido.^{3/} En cualquiera de esas posibilidades el material genético provenía del hombre y la mujer que copulaban y ésta última gestaba y daba a luz a un hijo biológico de ambos.

La gestión subrogada es un concepto muy distinto pues el contacto sexual es remplazado por procedimientos técnicos y los insumos no necesariamente provienen de la mujer gestante ni del hombre que desea ser padre, de tal manera que la maternidad y la paternidad se desdoblán, es decir el hijo puede tener varios padres y madres simultáneamente: el padre que aportó el espermatozoide, el padre que pidió el embarazo, la madre que aportó el óvulo, la madre que gestó y dio a luz, y la madre que solicitó el embarazo.

Los motivos de una mujer para contratar a otra mujer para que lleve adelante la gestación son diversos, por ejemplo, la imposibilidad física para embarazarse, llevar la gestación a término o soportar el parto; algunas quieren evitar los trastornos sobre sus actividades profesionales; otras no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporal o permanentemente durante la gestación. Para algunos hombres la subrogación gestacional es el único recurso para ser padres por no ser elegibles para una adopción tradicional. Un caso típico es el de una pareja de homosexuales que desean criar un hijo pero la ley les impide adoptar.

Desarrollo, polémicas y conflictos

La gestación subrogada apareció y se ha desarrollado en virtud del avance tecnológico en materia de reproducción humana, en una primera etapa gracias a la inseminación artificial y posteriormente merced a la fecundación *in vitro*. Su emergencia, especialmente en las naciones tecnológicamente más avanzadas, ha tenido como telón de fondo la aparición de nuevas formas familiares distintas a la familia nuclear tradicional compuesta por el padre, la madre y los hijos comunes. Ahora proliferan los matrimonios de parejas del mismo sexo –hombres o mujeres–, hogares mono-parentales, comunas, grupos de edad que se reúnen para compartir gastos, agrupaciones de minorías étnicas, matrimonios sin hogar común porque los cónyuges viven y trabajan en lugares diferentes.

La retroalimentación entre la subrogación materna y la diversificación familiar ha sido inevitable porque brinda a las nuevas unidades familiares la posibilidad de tener hijos, evento largo tiempo reservado a los matrimonios tradicionales.

El primer caso conocido de gestación subrogada ocurrió en California en 1975, cuando un periódico local publicó un anuncio solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que ofrecía una remuneración por el “servicio”. A partir de ahí se constituyeron diversas organizaciones profesionales con el fin de facilitar el contacto y la relación de las eventuales

² Cano, M.E, “Breve aproximación en torno a la problemática de la ”, véase: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>, página consultada el 17 de diciembre de 2011.

³ Génesis, Biblia Reyna Valera, versión 1960.

madres portadoras con personas interesadas. Rápidamente la intermediación y la subrogación se convirtieron en un lucrativo negocio regulado por el Estado. La práctica se extendió a países con ideas muy liberales sobre la vida y las relaciones humanas y, más tarde, al resto del mundo.

Por facilidad y economía parejas radicadas en países ricos comenzaron a buscar madres portadoras en países pobres, para aprovechar la abundancia de mujeres en situación de necesidad, la nula regulación en la materia, la facilidad para obtener los derechos legales sobre el recién nacido y en algunos casos la corrupción de hospitales y autoridades. Como algunos países prohíben esta práctica pero otros la permiten ha surgido una demanda y una oferta internacional de “servicios” de subrogación materna. En California, Ucrania e India se ha creado una industria que atrae a ciudadanos europeos, japoneses y de otras nacionalidades. El negocio es lo suficientemente lucrativo a juzgar por el surgimiento de redes mafiosas alrededor de esta práctica. En Italia, por ejemplo, la mafia albanesa recluta jóvenes procedentes del este de Europa para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares.

En la actualidad la gestación subrogada no goza de la unanimidad, ni en la comunidad internacional ni en el interior de los distintos países. Algunas personas la aceptan pero otras la rechazan tajantemente. Otros argumentan la necesidad de regular esa práctica por sus implicaciones sociales, sociológicas, psicológicas, económicas, jurídicas, familiares y humanas, algunos altamente sensibles.

El surgimiento y desarrollo de la gestación subrogada ha desatado álgidas polémicas por sus consecuencias inesperadas y los conflictos morales que genera, por ejemplo, en Italia una mujer dio a luz a un niño a solicitud de su madre cuyo estado de salud ya no le permitía sobrellevar un embarazo pero deseaba tener un hijo de su nueva pareja. En la India un matrimonio japonés contrató a una mujer a la cual se le implantó un embrión producto de la combinación del esperma del marido y un óvulo donado; sin embargo durante el embarazo la pareja se divorció y al nacimiento ninguna de las mujeres quiso asumir la maternidad de la recién nacida. En Australia una mujer fue inseminada con el esperma de un donador anónimo para complacer a su hermano homosexual. En Francia una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.

En Estados Unidos una madre subrogada se embarazó a solicitud de un matrimonio y con semen del solicitante pero se negó a entregar a su hija recién nacida a pesar de haber firmado un contrato que establecía el compromiso de no crear una relación materno-filial con el recién nacido; la corte determinó que el contrato era válido y entregó la custodia de la niña al matrimonio; la sentencia fue apelada y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, sin embargo mantuvo la custodia a favor del matrimonio porque éste podía proporcionar un hogar con mejores condiciones socio económicas; la madre biológica fue reconocida como tal pero sólo se le concedió derecho de visita. En Nueva Gales del Sur, Australia, una madre gestante se negó a entregar al niño; a raíz de este caso, el estado vecino de Victoria aprobó una ley que prohíbe a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

En México la gestación subrogada se realiza desde hace varios años, especialmente en el Distrito Federal, núcleo poblacional que funciona como caja de resonancia de las innovaciones y tendencias de la vida moderna. Sin embargo, no existen estadísticas ni estimaciones sobre esta práctica, pues al no estar regulada se realiza de forma discreta en algunos hospitales privados.

Una variante de la gestación subrogada es la gestación póstuma. Es el caso de una joven estadounidense que, a raíz de la detección de un cáncer, decidió inseminar algunos de sus óvulos

con espermatozoides de un donante anónimo y congelar los embriones, con la finalidad de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada; un año más tarde falleció pero en su testamento autorizó el implante de dichos embriones en el vientre de alguna mujer elegida por los padres. Realizado su deseo se desató una polémica judicial porque dos meses antes del implante la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes heredables, y por lo tanto no era posible disponer de ellos por vía testamentaria.

Aunque la tecnología ya permite a un hombre gestar un niño—por implantación del embrión en la cavidad peritoneal, con suministro de hormonas y cesárea al final del embarazo—aún no se conocen casos de subrogación de vientre masculino. Sin embargo ocurrirá seguramente en el futuro. Lo que ha sido definitivamente rechazado por la comunidad internacional es la subrogación de úteros de animales, así como el proyecto de utilizar cuerpos de mujeres en estado de coma para implantarles óvulos fecundados garantizando de esa manera un embarazo sin riesgos.^{4/} Finalmente, no se tiene conocimiento de casos donde el solicitante del embarazo sea alguien distinto a una persona o a una pareja, es decir, que sea un conjunto de personas por ejemplo los miembros de una comuna.

Dilemas éticos

La gestación subrogada plantea un dilema ético general y una multitud de dilemas éticos específicos. El primero se refiere a la moral detrás de rentar o prestar el útero, los segundos se relacionan con los actos médicos que intervienen a lo largo del proceso de subrogación, entre otros, fecundación *in vitro*; trasplante, congelamiento y destrucción de embriones; diagnóstico prenatal; elección de sexo y aborto.^{5/} El contrato, la filiación^{6/} y las consecuencias psicológicas sobre los participantes, especialmente sobre el niño, también son fuentes de problemas éticos.

¿Hay propiedad sobre el semen o los óvulos donados? ¿Hay propiedad sobre el embrión? ¿Quién sería el dueño? ¿La pareja comitente? ¿La madre subrogada? ¿Se puede alegar paternidad posteriormente? ¿Quién decide cuántos embriones serán implantados? ¿Cuánto tiempo es válido conservarlos? ¿Es aceptable la destrucción de embriones? Si años más tarde la pareja desea tener un segundo hijo e implantar alguno de los embriones congelados en una madre subrogada distinta a la primera ésta última tendría derecho a oponerse?

¿Quién tiene el derecho a decidir un eventual aborto: la madre gestante, la madre genética o el que solicitó el embarazo y asumió todos los costos? Si la madre subrogada se rehúsa a entregar al niño ¿se le debe entregar pasando por alto la opinión del que solicitó el embarazo? ¿Qué es más importante moralmente el respeto del contrato o el respeto de la voluntad de la madre gestante? Si el solicitante se rehúsa a recibir al niño ¿se le debe obligar a ocuparse de él? Si la madre subrogada y la madre comitente cambian de opinión y rechazan hacerse cargo del niño ¿a quién se le debe dar la patria potestad? Un juez decidirá de manera apegada a derecho pero ¿qué es éticamente lo más conveniente para el niño? ¿Si la madre portadora muere la pareja comitente debe indemnizar al

⁴ Arámbula Reyes A. Maternidad Subrogada. Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, México D.F., 2008.

⁵ Véase Ferre, J. y Martínez de Artola (1985). Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas. Universidad Navarra, España, 201p.

⁶ Mallma, Jose Carlos, Alquiler de vientre y sus problemas de filiación, 2011. Véase:

<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.shtml>, página consultada el 13 de diciembre de 2011.

marido de la fallecida? ¿Quiénes son los padres del niño resultante de una gestación subrogada? ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante, la mujer que aportó el material genético o la mujer comitente? ¿Tiene el niño dos madres biológicas? ¿Quién tiene más derechos? ¿Se debe permitir en la ley los contratos de subrogación materna? ¿Únicamente la modalidad altruista?

El ámbito natural de análisis de esos y otros muchos dilemas es la bioética, disciplina que suministra un marco sólido de referencia para discutir racionalmente los avances tecnológicos en su interacción con la vida, y que en los últimos veinticinco años se ha dotado de un enorme cuerpo doctrinal convirtiéndose en una de las ramas más desarrolladas de la ética.

Dentro de los distintos enfoques de bioética destaca la concepción personalista es la que mantiene el primado y la intangibilidad de la persona humana, considerada como valor supremo, punto de referencia, fin y no medio. Para esa corriente de pensamiento la persona humana es lo único que vale en sí mismo y por sí mismo y no en razón de otra cosa; en consecuencia, la realidad de la persona humana es el punto de referencia moral inmediato. Esta concepción ontológica justifica los cuatro principios fundamentales de la bioética personalista: el valor fundamental de la vida y por lo tanto la defensa de la vida física; el principio de totalidad o principio terapéutico; el principio de libertad y responsabilidad; el principio de sociabilidad y de subsidiaridad.

El objetivo de esta investigación es emplear discernimientos éticos personalistas que permitan ejercer el pensamiento crítico capaz de elaborar un juicio fundado sobre los pro y contra de la gestación subrogada, a su vez exponer de forma racional tal juicio y contrastar con otros puntos de vistas. En otras palabras, nuestra intención es aportar elementos para la solución de controversias y dilemas y a final de cuentas proveer principios de conducta humana con relación a la gestación subrogada desde un enfoque personalista. Como caso de aplicación tomaremos el de la Ciudad de México.

El procedimiento a seguir es ir de la general a lo particular, analizando y discutiendo la gestación subrogada en términos globales para después particularizar en el caso la capital de la república mexicana. De una revisión preliminar de la literatura concluimos la escasez de análisis sobre la gestación subrogada en el contexto latinoamericano, de tal manera que el tema reviste un alto grado de originalidad en la región, especialmente para este país y su metrópoli.

La tesis se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo es de carácter descriptivo; se expone en qué consiste la gestación subrogada, se describe el proceso en sus diferentes etapas, los actores y sus motivaciones, así como el acuerdo o contrato que los une. El segundo capítulo se reserva al marco teórico; se presenta el significado de valores, principios y normas, y se contrasta el principialismo con la filosofía moral; se presentan las áreas, teorías y modelos de la bioética, para luego exponer de manera particular el modelo personalista. El tercer capítulo está dedicado a los dilemas éticos; inicia con la presentación de casos históricos relevantes y algunos dilemas que aparecen en las distintas etapas del proceso de subrogación; se analiza la práctica de la subrogación a la luz del pensamiento de Kant, precursor del enfoque personalista, así como el status del embrión, el uso del cuerpo para beneficio de terceros y la salud psicológica del hijo; para concluir el capítulo se presenta una serie de casos que podrían utilizarse para poner a prueba la legislación en la materia. El cuarto capítulo y último capítulo aborda el caso de la Ciudad México; se presenta el marco jurídico nacional e internacional y se analizar la ley de gestación subrogada aprobada por la Asamblea Legislativa en diciembre de 2010, la cual no ha sido promulgada debido a diferentes fallas y cuestionamientos.

Capítulo 1

LA GESTACIÓN SUBROGADA

El objetivo de este capítulo consiste en exponer en qué consiste la gestación subrogada. Para ello se presentan los actores que participan y se describe el proceso en sus diferentes etapas. Distinguimos dos casos: el primero cuando la relación entre los futuros padres y la mujer portadora se realiza a través de una agencia especializada y, el segundo, cuando la relación es directa y se omite la intervención de un facilitador. Por su importancia en el proceso se dedica un apartado a describir las técnicas de fecundación y otro para los procedimientos legales, destacando la cuestión del contrato de subrogación. Finalmente exponemos los conceptos de maternidad, paternidad y filiación y la necesidad de ajustes a la luz de la aparición de esta nueva posibilidad de reproducción asistida.

1.1. OBJETO

Gestación subrogada, subrogación de útero, renta o alquiler de útero, maternidad o gestación por sustitución o por encargo... son algunos de los términos utilizados para nombrar el acceso a la paternidad utilizando a una mujer como instrumento de gestación. Madres subrogadas, madres substitutas, madres de alquiler, madres por encargo...son los términos utilizados para denominar a las mujeres que se prestan a esa práctica.

Muchos de esos términos son utilizados como sinónimos pero no necesariamente significan lo mismo. De acuerdo con el objeto de la subrogación es posible distinguir dos casos.

- Maternidad subrogada. En esta modalidad la mujer que presta el útero también aporta un óvulo y por lo tanto es codueña del embrión producto de la fecundación *in vitro* y por lo tanto madre natural del niño. El acto de transferir todos los derechos sobre el niño es equivalente a ceder o regalar a su hijo e incluso a venderlo si el embarazo se pactó a cambio de dinero.
- Gestación subrogada. En esta modalidad la mujer que presta el útero no aporta material genético, es ajena al embrión que se le implanta y por lo tanto no tiene parentesco biológico con el niño aunque lo haya traído al mundo. Ella sirve sólo como incubadora por cuenta de un tercero. Más que un hijo el feto es un huésped. La mujer que acepta embarazarse bajo esta modalidad no es una madre subrogada sino una madre gestante.

En virtud de las características descritas la maternidad subrogada resulta ser un caso particular de la gestación subrogada.

El cuadro 1 presenta los principales hitos de la gestación subrogada

Cuadro 1 PRINCIPALES HITOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA				
Futuros padres (los solicitantes)	Origen de la madre subrogada o gestante	Objeto de la subrogación	Naturaleza del servicio	Material genético
Pareja heterosexual	De agencia	Maternidad	Comercial	Ovulo de la madre gestante
Pareja homosexual	Independiente	Gestación	Altruista	Ovulo donado
Hombre	Pariente			Ovulo de la futura madre
Mujer				Esperma del futuro padre
				Esperma donado
Fuente: elaboración por parte de la autora				

Los solicitantes, peticionarios o comitentes de la subrogación son los futuros padres; puede tratarse de una pareja heterosexual, una pareja homosexual, un hombre o una mujer solteros. La mujer que prestará el útero puede trabajar para una agencia especializada, ejercer libremente el oficio (*freeland*) o ser pariente de los solicitantes. El objeto del acuerdo entre las partes, es decir, entre los solicitantes y la solicitada puede ser la maternidad o sólo la gestación. La naturaleza de la transacción puede ser altruista o comercial, en este último caso la gestación conlleva un pago monetario. El material genético puede provenir de alguno de los solicitantes, de la madre subrogada o de donadores.

Hasta ahora no existe una definición de maternidad o gestación subrogada lo suficientemente genérica para incluir todos los casos posibles. La definición más utilizada es la del Informe Warnock (Reino Unido) de 1984, según la cual la maternidad subrogada "...es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".⁷ Esta definición es imprecisa porque el solicitante no necesariamente es una mujer.

Algunas definiciones destacan el arreglo entre las partes: "la subrogación de útero es el **contrato** por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión llevando el embarazo a término, permitiendo de esta forma tener descendencia a personas que no tienen otra forma de procrear" (Arámbula, 2008:7).

Otras definiciones destacan el objeto final de acuerdo: "...es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de éste" (Gómez Sánchez Y, 2006).

Por nuestra parte preferimos la definición siguiente: "La gestación subrogada es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño y lo entrega al nacer a la pareja o a la persona que le solicitó embarazarse".

⁷ Ver :

http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf página consultada en abril de 2012.

En términos de esta investigación utilizaremos el término “gestación subrogada” para referirnos en términos generales a esa práctica moderna, sin distinguir el órgano humano directamente involucrado (vientre, útero...), ni la procedencia del material genético, ni la naturaleza económica de la transacción (comercial o altruista). Sólo cuando sea necesario haremos la distinción entre maternidad y gestación.

1.2. LOS ACTORES

Tres actores esenciales y claramente diferenciados concurren en la gestación subrogada: la parte solicitante, la mujer portadora y el niño. Los dos primeros idean y realizan la transacción y el tercero es el producto. Los actores secundarios son los siguientes: el marido o compañero de la mujer que se presta a la subrogación,^{8/} los donantes de material genético, el cuerpo médico y, eventualmente, la agencia especializada que facilita el proceso.

¿Cuáles son las características y motivaciones de los actores principales?

- Los futuros padres. Son los solicitantes de la subrogación. Se trata de una pareja heterosexual, una pareja homosexual, una mujer o un hombre solteros. El o los solicitantes recurren a esta técnica por razones de esterilidad, incompatibilidad anatómica, comodidad, prevención o imposibilidad legal de adoptar. También es utilizada por mujeres fértiles que quieren evitar los inconvenientes del embarazo o incluso personas que temen alguna malformación genética visto su historial hereditario.
- La madre gestante. Es la mujer que acepta embarazarse a pedido de otro. Algunas lo hacen para ganar dinero pero otras actúan de manera altruista, especialmente cuando son familiares de los solicitantes. En el primer caso –subrogación comercial–, la gestación subrogada se convierte en un servicio al mejor postor; la mujer utiliza su cuerpo para ofrecer un servicio a cambio de una remuneración que debe cubrir todos los gastos y una ganancia. Las mujeres que trabajan en coordinación con una agencia especializada son por lo general mujeres casadas y estables.^{9/} En cambio, las que operan de manera independiente son por lo general mujeres jóvenes, de escasos recursos económicos y solteras. En el segundo caso –subrogación altruista– la mujer acepta participar en la experiencia por mediar un lazo de amor, amistad o parentesco.

En un acuerdo de subrogación la mujer gestante es un instrumento, un medio, una herramienta, una especie de incubadora humana, que debe estar en las mejores condiciones de funcionamiento (físicas, psicológicas, emocionales, económicas, sociales, culturales), para cumplir con el objetivo central: dar a luz a un niño sano, sufriendo y desgastándose lo menos posible. Debe estarlo al momento de la contratación y hacer lo necesario para mantenerse en esas condiciones óptimas para un buen desempeño a lo largo de todo el proceso, obviamente con la ayuda de los futuros padres que son los más interesados en que ocurra de esa manera.

⁸ El esposo o compañero de la madre portadora podría llegar a reclamar al niño como suyo.

⁹ Las agencias se cuidan mucho a la hora de escoger a una mujer como candidata para un vientre de alquiler. De cada 400 mujeres sólo se quedan con tres ó cuatro. Por regla general son mujeres alrededor de treinta años, solteras o casadas y cuyos maridos están de acuerdo; además deben haber tenido como mínimo dos hijos y haber sido criados por ellas. Igualmente tienen que pasar por un exhaustivo examen de salud y un test psicológico.

En el caso de las agencias especializadas del sur de California, que veremos con mayor detalle más adelante, las mujeres que solicitan ser madres subrogadas deben cumplir algunos requisitos básicos de edad, estado de salud y forma de vida. Si pasan la primera etapa se les somete a estudios psicológicos y a una investigación de tipo criminal a cargo de un investigador independiente. A todas las candidatas se les realiza un análisis completo de drogas y de alcohol. Se entrevista a la candidata y a su marido en su casa, ya que las condiciones de su hogar son también cuentan en el proceso de investigación. Típicamente solamente el 50% de las mujeres que solicitan ser madres subrogadas son aceptadas. El objetivo de dichas pruebas es seleccionar a las mujeres que tengan las cualidades necesarias para cooperar con las exigencias de un acuerdo de maternidad por subrogación. Las candidatas deben haber dado a luz por lo menos a un niño o una niña sin complicaciones, tener entre 21 y 40 años, así como una proporción apropiada de peso y altura, excelente salud, no fumar y ser residentes en el sur de California.

- El nacido. Es el producto final de la gestación subrogada. El nacido no es estrictamente el objeto de la subrogación materna, sino la satisfacción de un deseo psicológico por parte de los futuros padres. Sin embargo es claro que de por medio se encuentra la vida y el bienestar del menor. Como es un hijo plenamente deseado se piensa que recibirá todo el amor y cariño del que son capaces los futuros padres o la persona comitente.

Atendiendo al material genético el origen del hijo admite seis posibilidades: hijo de la esposa y el marido comitentes; hijo de la esposa comitente y donador anónimo; hijo de la madre subrogada y el padre comitente; hijo de la madre subrogada y donador anónimo; hijo de donadora anónima y el padre comitente e hijo de donadores anónimos.

El supuesto de la gestación subrogada es que el niño tendrá el estatus de hijo y disfrutará de condiciones de vida dignas. Aunque el parentesco biológico sea relativo, la idea de fondo es que los futuros padres ejerzan la verdadera paternidad entendida como paternidad afectiva, educativa y adoptiva.

1.3. PROCESO

La persona o la pareja que desea tener un niño a través de un proceso de subrogación tienen dos opciones: recurrir a los servicios de un intermediario, por ejemplo, una clínica especializada en cuestiones de fertilidad, o buscar directamente a una mujer que esté dispuesta a servir para ese propósito, incluso a una persona emparentada con los solicitantes. A continuación presentamos las características de ambos procedimientos.

1.3.1. Proceso a través de una agencia especializada; el caso de *Construyendo Familias*

La subrogación materna es un proceso complejo que varía caso por caso. Los Estados Unidos es quizás el país donde el proceso se encuentra más estandarizado. A manera de ejemplo tomaremos el caso de una clínica privada especializada en California,¹⁰ estado en donde la gestación subrogada se ha desarrollado gracias a un clima favorable y se ha convertido en una actividad profesional estrictamente regulada pero también en un negocio lucrativo, accesible a todo aquel que lo solicite,

¹⁰ Se trata de la agencia "Construyendo Familias", con una experiencia de 20 años. Véase: <http://www.buildingfamiliesinc.com>, página consultada en noviembre de 2011.

incluyendo extranjeros provenientes de países donde dicha práctica está prohibida, siempre y cuando tengan la capacidad económica suficiente para pagar el alto costo del servicio.^{11/}

Búsqueda y contacto con la clínica especializada

Aprovechando las facilidades de la vida moderna la pareja o la persona que desean una gestación subrogada empiezan realizando en Internet una búsqueda de las clínicas que ofrecen el servicio de subrogación materna. Mediante comunicación telefónica o intercambio de correos se hacen consultas específicas sobre los aspectos médicos, legales, económicos o de otra naturaleza. Una vez seleccionada la clínica que mejor se adapte a las posibilidades e intereses de los solicitantes, éstos acuden personalmente para profundizar en los detalles y eventualmente iniciar el proceso en firme.

Entrevista, evaluación y contratación de la clínica especializada

La directora o el director del programa orientan a los “futuros padres” sobre el proceso de maternidad por subrogación, informa sobre detalle específicos y resuelve dudas. Posteriormente se práctica una evaluación endocrinológica y una psicológica, que causan honorarios a pagar al término de dichas evaluaciones. Una vez emitida la aprobación del médico y del psicólogo, los solicitantes ya están en posibilidades de contratar a la clínica. Se firma un contrato de prestación de servicios y se realizan los pagos correspondientes previstos en dicho contrato.

Evaluación y soporte psicológicos

Construyendo Familias (2011) asegura que la parte psicológica del programa es esencial. Hay rasgos que denotan el perfil apropiado tanto para la madre subrogada como para los padres futuros. El entrenamiento y la experiencia de un psicólogo especializado le permiten identificar y eliminar a los que no deben implicarse en un acuerdo de maternidad por subrogación. El especialista realiza una extensa evaluación inicial de la madre subrogada, de su marido y de los padres futuros. El proceso de maternidad por subrogación afecta, por una parte, a la madre subrogada, a su marido/pareja y a sus hijos, por otra parte, a los futuros padres que por lo general viven un estado de ansiedad durante el proceso. A través de la evaluación oral y escrita, el psicólogo determinará si cada una de las partes tiene las habilidades y la capacidad necesaria para poder cooperar en un acuerdo de maternidad por subrogación. La evaluación inicial incluye el examen MMPI-2 (Minnesota Multiphasic Personality Inventory–2) y una entrevista clínica. Mensualmente se proporciona a todas las Madres Subrogadas un seguimiento psicológico en grupo. Además, el psicólogo mantiene contacto regular por vía telefónica con las Madres Subrogadas y los Padres Futuros cuando es necesario o ellos lo soliciten. Esta constante relación permite prever y evitar cualquier problema potencial en el futuro.

Selección de la madre subrogada

Con base en las preferencias de los futuros padres, los resultados de las pruebas y las informaciones recabadas desde el inicio, la clínica propone una candidata. A su vez, la madre subrogada potencial

¹¹ Es importante señalar que los procedimientos de las agencias especializadas no necesariamente son los mismo, ni la práctica se realiza de la misma forma. De ninguna manera proponemos que la experiencia de *Construyendo Familias* o de cualquier otra clínica en los Estados Unidos se utilice como ejemplo a seguir por México. Se presenta y adapta la documentación disponible en el sitio Internet de clínica con fines ilustrativos y como mero apoyo para cumplir los objetivos de esta investigación.

recibe una copia del perfil de los solicitantes. Si ambas partes se sienten cómodos con la contraparte se planifica una reunión a realizarse en un sitio público. El objetivo es conocerse y compartir experiencias para conseguir un clima de confianza adecuado para todos antes de llegar a un acuerdo. Si los solicitantes radican en el extranjero la entrevista es remplazada por una conversación telefónica; el encuentro se realiza cuando los padres futuros internacionales viajan a California para la fecundación *in vitro*. El proceso para tener una madre subrogada dura aproximadamente de 4 a 6 meses, pero puede llevar más tiempo dependiendo de las cualidades y requisitos que pidan los solicitantes.

Aprobación médica

Una vez que los Futuros Padres seleccionan a la madre subrogada se planifican consultas con un endocrinólogo reproductivo para obtener la aprobación médica. El costo de las consultas corre a cargo de los solicitantes. El proceso de aprobación médica dura aproximadamente dos meses o menos en completarse. Una vez que la madre subrogada obtiene la aprobación médica se preparan los documentos legales.

Selección del representante Legal y elaboración del acuerdo de subrogación

Los futuros padres pueden contratar al abogado de su preferencia o pedir a la clínica que les recomiende alguno o les proporcione una lista de especialistas. El abogado prepara el "Acuerdo de Maternidad por Subrogación" y representa a los solicitantes. Una vez firmado el acuerdo los solicitantes deben dotar de fondos la cuenta de provisión y pagar a la clínica las cantidades pendientes de pago.

Protocolo médico

El médico endocrinólogo reproductivo determina el protocolo para los futuros padres y para la madre subrogada. Se realiza la fertilización de *in vitro*. La transferencia del embrión se realiza entre dos y media y tres semanas después. Los futuros padres internacionales tendrán gastos adicionales por el viaje a California, la estancia y el alquiler de un auto. La clínica no se encarga de los trámites de viaje (vuelos, hotel...) y la cuenta de provisión no puede ser utilizada para sufragar ninguno de esos gastos. Además, los solicitantes deben obtener un seguro médico para el recién nacido antes de la confirmación del embarazo.

Si la fecundación *in vitro* no tiene éxito la madre subrogada dejará las medicinas y esperará el comienzo de su ciclo menstrual. Si hay embriones congelados almacenados del tratamiento, la madre subrogada se someterá a una transferencia de embriones congelados dos meses después. El costo de la transferencia corre cargo de los futuros padres. Si no hay embriones congelados almacenados, se necesitará otro tratamiento de FIV y el proceso comenzará nuevamente a partir del "Protocolo Médico". Los costos asociados a dicho procedimiento corren por cuenta de los solicitantes.

Embarazo

Aproximadamente de 12 a 14 días después de la transferencia embrionaria, se realiza la prueba de embarazo. Una vez confirmado se realiza una serie de ecografías hasta el segundo o tercer mes de embarazo, dependiendo del protocolo del endocrinólogo médico. Entonces la madre subrogada es

remitida a su propio médico obstetra. La selección de éste último se realiza con base en una lista proporcionada por la compañía de seguros y la preferencia de la madre subrogada. La primera cita con el obstetra se realiza de dos a tres semanas después de la última cita con el endocrinólogo reproductivo. El obstetra determina el nivel de cuidados que se le deberán proporcionar a la madre subrogada, incluyendo el número de visitas prenatales, las pruebas adicionales o todo lo que sea oportuno para preservar la buena salud de la madre y el niño. Los futuros padres pueden solicitar pruebas de amniocentesis o pruebas diagnósticas prenatales, como PGD o triple AFP Screening. Si el seguro de la madre subrogada no cubre ese procedimiento opcional, los costes asociados -- incluyendo pago del hospital, honorario de la madre subrogada y costos del hotel para el reposo después del procedimiento--, quedan a cargo de los futuros padres. En esta etapa se elaboran los documentos jurídicos para asegurar la orden del tribunal. A los 4 meses de embarazo aproximadamente el abogado preparará los documentos jurídicos para asegurar la orden del tribunal, los cuales deberán ser firmados rápidamente por los futuros padres, la madre subrogada y endocrinólogo reproductivo y en los cuales se describen los hechos previos al embarazo y su evolución. La clínica recomienda que los futuros padres asistan a clases de preparación al parto y para atender correctamente al recién nacido, las cuales los ayudarán para ser testigos del nacimiento.

Parto, puerperio y entrega del neonato

El nacimiento del neonato es por parto o cesárea, sin embargo en caso de la gestación subrogada se recurre a esta última para no exponer al nacido a posibles infecciones o complicaciones al atravesar el canal del parto. Aunque se hacen análisis para detectar posibles enfermedades patológicas y de transmisión sexual que pudieran afectar al niño, los futuros padres prefieren la cesárea porque es más rápida y segura para el nacimiento.

Es imposible saber con certeza cuándo será la cesárea. Es imprescindible que los futuros padres lleguen antes del nacimiento o inmediatamente después del parto para recoger al niño. Los padres internacionales deben estar listos para viajar en el momento que se les avise. La orden judicial informa al hospital que los solicitantes son los padres legales y verdaderos del niño recién nacido. Para informar sobre los detalles con respecto a la estancia del neonato en el hospital y el papeleo, la clínica ha preparado los documentos llamados “El Proceso de los Padres en el Hospital”, “La Adquisición del Certificado de Nacimiento expedido para Viajes Internacionales” y “Adquisición del Pasaporte para su Nuevo Niño”. Para la mujer que prestó su útero el proceso no concluye con el parto pues debe recuperarse. Las obligaciones de los futuros padres no concluyen hasta el total restablecimiento de la mujer gestante.

Registro del niño, crecimiento y desarrollo.

Ya convertidos en Padres los solicitantes llevan el hijo a casa y le ofrecen un clima de amor y cuidado. El nacido tiene que ser registrado ante las autoridades competentes para la obtención del acta, partida o certificado de nacimiento, lo cual no presenta ningún problema en California ni en ningún otro estado de ese país. Los padres internacionales deben registrar al niño en su país de origen y deben prever posibles problemas legales en caso de que la maternidad por subrogación este prohibida en dicho país. Años después, en algún momento, los padres decidirán si le explican al niño, al joven o al adulto su origen. Si el contrato de subrogación estuvo mal diseñado en esta etapa podría presentarse una reclamación de la madre subrogada por alguna posible secuela asociada al proceso en el que participó.

1.3.2. Proceso a través de una gestante subrogada independiente

Si no se desea recurrir a una agencia especializada las parejas o personas que desean tener un hijo mediante subrogación materna pueden buscar directamente a una mujer que les ayude. La búsqueda se realiza por lo general entre familiares, amigos y conocidos, pero también utilizando anuncios en medios de comunicación. En la actualidad el método más efectivo de contacto es Internet. Una vez conseguida la madre subrogada se deben hacer arreglos médicos y legales para la fecundación *in vitro* y la adquisición de la paternidad del niño.

1.4 FECUNDACIÓN

Normalmente la fecundación de la mujer portadora se realiza con apoyo de las técnicas de reproducción asistida, también llamada fecundación artificial. Esta se realiza por dos medios: la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*. El material genético proviene ya sea de alguno de los solicitantes o de ambos; de la madre portadora; de alguno de los parientes, amigos o conocidos de los solicitantes, o de personas anónimas. El origen y manipulación de dicho material es fuente de dilemas éticos complejos.

1.4.1. Inseminación artificial

Se entiende por inseminación artificial la fecundación de la mujer por medio de la introducción médica de espermatozoides en la vagina sin la realización de coito. Dentro de esta técnica se distinguen dos situaciones según el origen del semen: homóloga y heteróloga. En ambos casos se requiere del consentimiento informado.

Inseminación artificial homóloga

Ocurre cuando el semen procede de la pareja hombre, mujer. Aplica cuando existe alguna dificultad para que se dé el embarazo de manera natural (el coito), esta puede ser por alteraciones en la reproducción del hombre o la mujer, disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución de espermatozoide, malformaciones anatómicas del aparato reproductor. También aplica cuando la mujer presenta malformaciones congénitas en el útero, un moco cervical demasiado espeso, disfunciones ovulatorias, presencia de anticuerpos anti esperma, estenosis (estrechez), secuelas de conización, o cuando la causa de esterilidad desconocida.^{12/} Con esta técnica se busca asegurar la existencia de óvulos disponibles, acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino, así como mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides realizando una serie de procedimiento de laboratorio (“capacitación espermática”).

Inseminación artificial heteróloga

Ocurre cuando el semen proviene de un donante anónimo bajo resguardo en un banco de semen. Aplica en parejas heterosexual –cuando el varón no tiene espermatozoides (azoospermia) o una enfermedad de transmisión sexual o hereditaria–, pero también en

¹² El procedimiento se utiliza como primera alternativa cuando existe por lo menos una trompa uterina permeable y no se han logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

parejas de sexo femenino o mujeres solteras que desea tener hijos y que se encuentran en buen estado de salud psicofísica que desean una fecundación anónima.

La inseminación artificial puede ser intravaginal, intracervical, intrauterina, o intratubárica, dependiendo del sitio donde se deposite el semen. Con la inseminación intrauterina se obtiene la mejor tasa de embarazo, entre el 20-25% de probabilidades de embarazo por intento.^{13/}

La inseminación artificial consta de tres fases: estimulación hormonal del ovario; preparación del semen, seleccionando y concentrando los espermatozoides móviles; inseminación de la mujer.

La estimulación hormonal del ovario tiene por objeto aumentar el número de ovocitos maduros y por lo tanto el porcentaje de éxito. Dicha estimulación se realiza con medicamentos específicos. El seguimiento folicular indica el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración de hasta 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra. Cuando la muestra capacitada está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cérvix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo precisa, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cérvix (inseminación intracervical). En la inseminación artificial homóloga la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación.

Una vez lograda la fecundación el desarrollo del embarazo es normal; el riesgo de presentar un aborto, parto prematuro o un niño con una malformación congénita es el mismo que en un embarazo obtenido por coito.

1.4.2. Fecundación *in vitro*

La fecundación *in vitro* consiste simplemente en extraer un ovulo de la mujer para fecundarlo con espermatozoides obtenidos previamente de un donador conocido o anónimo. La fecundación se realiza en recipiente de vidrio –de ahí el nombre de la técnica- que contiene un cultivo adecuado que reproduce las condiciones naturales del cuerpo de la mujer. Tras la fecundación el embrión es implantado en el cuerpo de una mujer, que puede ser la misma que aportó el óvulo o cualquier otra.

La fecundación *in vitro* consta de seis fases: i) estimulación del ovario con hormonas; ii) extracción de ovocitos; iii) inseminación con espermatozoides previamente seleccionados y tratados poniéndolos en contacto con los ovocitos o mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides si los gametos masculinos presenten problemas de movilidad; iv) cultivo *in vitro* del embrión;¹⁴ vi) transferencia embrionaria, la cual se puede realizar en el útero o en las trompas y

¹³ La literatura recomienda 5 ciclos consecutivos de inseminación artificial para agotar las probabilidades de éxito.

¹⁴ Se utilizan unas decenas de miles de espermatozoides, y varios óvulos según el número de embriones que se quieran obtener. Pasadas 30 horas de la fertilización el cigoto comienza a dividirse en dos células, a las 40 horas puede constituir ya un embrión de 4 células, y a las 66 horas de 8 células. Durante el periodo de cultivo el embrión pasa por diferentes estados de desarrollo. Habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocisto (~6 días).

tiene lugar por vía transcervical. Las tasas de embarazo están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos.

Una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja. Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos, superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto o malformaciones.

La transferencia del embrión al seno materno es la fase más delicada porque se trata de que el embrión anide en el endometrio. Hay diversos factores que se tienen en cuenta, en particular el momento, pues entre más rápido se haga es mayor la posibilidad que tiene de desarrollo en un ambiente natural.^{15/}

Las primeras fecundaciones *in vitro* se realizaron en los años sesenta en animales. En 1972 el francés Jaques Testard obtuvo el primer nacimiento de una ternera. El 25 de julio de 1978 nació la primera "bebé probeta", Louisa Brown, en el *Oldham and Distric General Hospital* de Lancashire, después de quince años de trabajo de un equipo de la universidad de Cambridge formado por el filósofo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. La noticia tuvo resonancia mundial y desató la polémica, sin embargo, el alarde publicitario y el hecho de que se presentara como éxito tecnológico no fue bien recibido en los medios científicos. Estos, rechazaron la publicación del estudio en la prestigiosa revista *Lancet*, aduciendo que esta técnica se estaba utilizando desde hacia tiempo en animales y por lo tanto no aportaba nada nuevo a la ciencia. Finalmente fue publicada debido a la expectación creada (Steptoe 1978). La tercera niña probeta nació unos meses más tarde en Australia con el equipo de los doctores Lopata y Johnston. En Francia el primer "bebé probeta" nació en mayo de 1981, en Estados Unidos en diciembre de ese año y en España en julio de 1984, en el Instituto Dexeus de Barcelona.^{16/}

La justificación más socorrida de la reproducción *in vitro* es la de resolver la esterilidad de matrimonios que desean con muchas ansias tener un hijo. Otra muy citada es que constituye el mejor medio de eugenesia, pues el diagnóstico pre implante permite analizar el contenido genético antes del trasplante al útero de los embriones, lo que garantiza hijos sin alteraciones genéticas. Además, en el futuro la manipulación genética permitirá corregir las taras hereditarias de los cigotos recién formados, disminuirá en gran número la ansiedad de las parejas o personas que no pueden concebir así como el número de nacimientos con mal formaciones congénitas.

En todas las técnicas de reproducción asistida existen riesgos y complicaciones obstétricas, físicas, biológicas, sociales y psicológicas", razón por la cual se requiere siempre el consentimiento informado libre, explícito y por escrito de la pareja que vaya a someterse a técnicas de procreación artificial. Las técnicas se aplican bajo responsabilidad médica, profesional y del centro o establecimiento donde se efectúen, y abarcan la información relativa al procedimiento, las oportunas investigaciones para reducir el riesgo de transmitir infecciones o cualquier otro daño previsible en la mujer o el niño que nazca.

¹⁵ Se procura que sea en las 24-48 horas tras la fecundación.

¹⁶ Marco Bach Francisco, "Fecundación *In vitro* y Manipulación de Embriones", en Porter Kuthy Villalobos P, Tarasco M, Yamamoto C. Introducción a la Bioética, Méndez Editores, México D.F, 1997.

1.4.3. Lavado embrionario

Existe también la posibilidad de transferencia de embrión sin fecundación *in vitro*. Se trata del lavado embrionario, que consiste en la retirada de un embrión del seno de una mujer para transferírsele a otra (Arámbula, 2008:42). El caso típico consiste en una inseminación artificial practicada a una mujer para la posterior transferencia del feto a la esposa del hombre que proporcionó el semen: se trata de una especie de maternidad de sustitución limitada al momento de la concepción. Se realiza algunos días después de la ovulación, y consiste en inyectar en el útero un líquido para después re-aspirarlo con la intención de aspirar también el hipotético embrión. Después se buscarían embriones en el líquido para transferidos a otra mujer. Esta técnica presenta el problema técnico de la necesidad de sincronización de las ovulaciones de ambas mujeres, lo que se consigue por medio de hormonas. Pero el problema fundamentalmente es que no siempre es inocua para la mujer a la que se le realiza el lavado: puede que algún embrión no sea retirado y tenga que continuar con el embarazo, o incluso que al desplazar al embrión se produzca un embarazo extrauterino. Por todo ello se trata de una técnica muy poco utilizada, aunque no está totalmente abandonada. El primer caso data de 1983, cuando un equipo del Harbor-UCLA Medical Center de Torrance (California) realizó una transferencia de embrión del útero de una mujer al de otra: el niño nació en enero de 1984.

1.5. PROCEDIMIENTOS LEGALES Y CONTRATO DE SUBROGACIÓN

A la par del proceso médico la gestación subrogada conlleva un proceso legal cuya finalidad es proteger los intereses de las partes involucradas y obtener el reconocimiento por parte de las autoridades competentes de que los solicitantes de la subrogación materna son efectivamente los padres del niño con todo lo que de ahí se deriva.

En el caso de *Construyendo Familias*, la clínica californiana que hemos tomado como ejemplo para ilustrar el proceso de subrogación como un negocio cualquiera, cada parte una de las partes involucradas –los futuros padres y la madre subrogada—debe contar con representación legal propia e independiente.

El abogado de los padres futuros prepara el Acuerdo de Subrogación según las características específicas de cada caso, asegurándose de que contenga las actualizaciones más recientes en la ley o en los procedimientos jurídicos.; revisa y actualiza las condiciones del contrato de acuerdo a las condiciones vigentes; resuelve dudas sobre el proceso legal y financiero; administrar la cuenta fiduciaria a solicitud de los Padres Futuros;^{17/} los asesora sobre las implicaciones legales de cualquier decisión que deban tomar; se encarga del archivo, el papeleo y acudir a los juzgados para establecer los derechos de paternidad y custodia a favor de los padres futuros; y los representa ante los tribunales.

El abogado de la madre subrogada le asegura una asesoría legal independiente de la que reciben los padres futuros; junto con ella y su marido o pareja revisan el acuerdo de subrogación; resuelve sus dudas con respecto al proceso legal y financiero; explica a la madre subrogada que debe colaborar en todos los pasos necesarios para establecer los derechos de paternidad de los padres futuros; se

¹⁷ No deja de tener importancia que el abogado actúe como albacea, pues se han dado caso de padres futuros defraudados por agencias que les han robado los fondos depositada para los gastos relacionados con el acuerdo de subrogación..

asegura que ella entiende que cualquier información personal revelada durante el proceso por ambas partes debe quedar en la más estricta confidencialidad; su papel finaliza una vez que la madre subrogada y su esposo o pareja hayan firmado el acuerdo de subrogación.

Una vez establecido el embarazo, el abogado de los futuros padres comienza a tramitar la orden judicial que instruye al hospital donde nacerá el niño a poner el apellido de éstos en la partida de nacimiento y también a clarificar que ellos son los padres legales a los cuales debe entregarse el recién nacido.

En el acuerdo se establecen las responsabilidades de cada una de las partes para minimizar los posibles malentendidos; se determina la responsabilidad económica de los padres futuros y se detalla el proceso financiero; se establece que éstos son legalmente y económicamente responsables del niño sin importar la salud del mismo; se prevén exámenes médicos para ambas partes, incluyendo los esposos o parejas, para proteger la salud tanto de la madre subrogada y como del niño. Se firma por ambas partes una vez que estén satisfechos con todos los términos y condiciones.

De acuerdo con *Construyendo Familias*, la historia legal en California ha demostrado que dicho documento es crucial. En caso de conflicto se revisa el acuerdo y se procede según lo pactado, en última instancia se recurre a los tribunales los cuales invariablemente conceden los derechos de paternidad a quienes desde el principio tuvieron la intención de crear al niño, es decir, los padres futuros.

1.6. COSTO

Tener un hijo a través de una gestación subrogada no está al alcance de cualquier persona. Se requiere solvencia económica para acceder a la paternidad por este método. En el cuadro 2 se presenta una lista de conceptos que implican costos para los futuros padres cuando recurren a una agencia especializada en el sur de California.

Cuadro 2

COSTO DEL ALQUILER DE VIENTRE EN UNA AGENCIA ESPECIALIZADA EN EL SUR DE CALIFORNIA

“Los costos de Alquiler de Vientres varían dramáticamente de caso a caso. Esta no es una lista definitiva, sin embargo es una representación fiel de los procedimientos y servicios que ustedes esperaran encontrar en el proceso de convertirse en padres. Tenga en cuenta que los costos dependen de cada caso en particular. Si desean obtener una lista detallada de los costos, por favor contacte nuestra oficina en San Diego.

- Honorarios de selección de la Madre Subrogada
 - Exámenes Médicos de la Madre Subrogada
 - Evaluación psicológica
 - Investigación del pasado Judicial
 - Exámenes Médicos del futuro padre, análisis de espermatozoides y evaluación genética
 - Asesoría psicológica para los Futuros Padres
- Compensación de la Madre Subrogada y otros gastos
 - Compensación por embarazo de la Madre Subrogada
 - Ración mensual de la Madre Subrogada
 - Honorario de la madre subrogada por transferencia FIV (a cada intento de transferencia de embrión)
 - Seguro de Vida de la Madre Subrogada
 - Subsidio de vestuario de la Madre Subrogada (depende de la cantidad de fetos)
 - Asesoría psicológica mensual. (pagadero a lo largo del embarazo)
 - Honorarios de inicio de medicamentos de la Madre Subrogada (Cada Intento)
 - Seguro de Salud de la Madre Subrogada (depende de la póliza)
- Honorarios de la Agencia/Honorarios legales – Finalización de derechos de paternidad
 - Honorarios del abogado de la Madre Subrogada
 - Honorarios del abogado de los Futuros Padres para la realización del Acuerdo de Gestación subrogada
 - Derechos de paternidad de los Futuros Padres
 - Gastos de radicación de derechos de paternidad
 - Cuota de manejo de la cuenta fiduciaria de la Madre Subrogada
- Gastos Médicos y Seguros
 - Honorarios médicos y hospitalarios/laboratorio por transferencia inicial en fresco de embriones
 - Medicamentos para la Madre Subrogada para la transferencia inicial en fresco de embriones
 - Honorarios de monitoreo médico de la Madre Subrogada.

Si desea ver nuestra lista de costos de una donante de óvulos típica, por favor contacte alguna de nuestras agencias de alquiler de vientres”.

Fuente: Conceptual Options, Agencia de Madres Subrogadas y Donación de Óvulos
<http://www.madresubrogada.com/costos-de-maternidad-subrogada/>
Página consultada en diciembre de 2011.

Por su parte, la agencia *Creando Familias* reconoce que todo acuerdo de gestación subrogada demanda gastos y estos son necesarios para asegurar un final feliz y seguro para todos los participantes.^{18/} En particular, el contrato prevé un acuerdo financiero que es supervisado por el abogado o por un agente fideicomisario según se haya convenido en el contrato.^{19/} También reconoce que los costos han aumentado de manera significativa en los últimos 20 años, por lo menos en las operaciones realizadas en ese estado. De acuerdo con esa institución existen cinco

¹⁸Weathers ¿Por qué cuesta tanto la Subrogación?, <http://www.buildingfamiliesinc.com/webinario-por-que-cuesta-tanto-la-subrogacion-23-de-febrero-2011/>, página consultada noviembre de 2011.

¹⁹ Un fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una persona física o moral. En el caso de un acuerdo de subrogación, el fiduciante o fideicomitente es la parte que transfiere los bienes (los futuros padres); el fiduciario es la parte que recibe los bienes y que está obligada a administrarlos con la prudencia y diligencia propias del buen hombre de negocios y que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (el abogado de los futuros padres); el beneficiario es la persona en cuyo beneficio se ha instituido el fideicomiso; el fideicomisario es el destinatario final o natural de los bienes fideicomitados; normalmente, el beneficiario y el fideicomisario son una misma persona, en este caso la madre subrogada.

componentes financieros principales: compensación para la madre subrogada, costos médicos, costos legales, honorarios de la agencia y otros gastos.

Compensación para la madre subrogada.

Weathers (2011) asegura que si bien el consentimiento de subrogación es un “regalo” de una mujer altruista a los padres futuros,^{20/} se prevé una compensación económica. Justifica dicha compensación argumentando que esa noble actuación altruista conlleva, por una parte, costos que ellas no tendrían que soportar si estuvieran al margen del programa, por lo que deben ser resarcidos. De cualquier manera, afirma, la cantidad de dinero que reciben y que está estipulada en el contrato nunca será igual al valor de su trabajo, de su amor y entrega. Por otra parte, la madre subrogada está sometida a riesgos, empezando por el embarazo que puede ser peligroso para cualquiera, con el agravante de que existe la posibilidad de embarazos múltiples, situación ajena a la mayoría de madres subrogadas y donde no hay certeza de cómo terminará el embarazo.^{21/}

En términos monetarios la compensación puede alcanzar hasta 75,000 dólares. Se trata de un rango muy amplio que está determinado por el tipo de arreglo a considerar, a saber, si la madre subrogada se obtiene de una agencia, está emparentada con los solicitantes o actúa por su cuenta.

Madre subrogada emparentada con los solicitantes. En este caso normalmente no recibe ninguna compensación y hay un ahorro financiero considerable al no existir el proceso de localizar a la madre subrogada.

Madre subrogada de agencia. Se les paga entre 25,000 y 40,000 dólares. En el caso concreto de la clínica *Construyendo Familias* reciben 30,000 dólares cuando lo hacen la primera vez y 35.000 dólares en una segunda ocasión por reconocimiento a su experiencia.^{22/} El plan de pago queda estipulado en el contrato.

Madre subrogada independiente (*freelance*). En este caso la compensación se sitúa entre 45,000 y 75.000 dólares. La suma es más elevada por los costos de transacción, la percepción subjetiva de los riesgos en los que incurre y el deseo de quedarse con la parte que te tocaría a una agencia si el proceso se realizara a través de ésta última.

El reembolso de los gastos en los que incurre la madre subrogada suele ser la parte más difícil de administrar, especialmente en el caso de un acuerdo con una *freelance*. El problema está en determinar qué gastos son razonables y cuáles no. Si éstos no se especifican en una lista contenida

²⁰ De hecho considera a las madres subrogadas como “ángeles” y al niño como un “regalo”.

²¹ La clínica *Construyendo Familias* registra una tasa de 40% de mellizos en su programa. Para ilustrar el riesgo *Construyendo Familias* (2011) cita el caso de una madre subrogada que dio a luz a mellizos de 39 semanas de embarazo cuando por lo regular nacen en la semana 36. Todo iba bien pero después del alumbramiento empezó una fuerte hemorragia difícil de contener, afortunadamente estaba en un hospital excelente con médicos bien entrenados que le salvaron el útero y la vida. Esa intervención oportuna y eficaz no necesariamente ocurre en la India, Ucrania u otros países donde la calidad de la atención médica pudiera ser menor a la de California; a pesar de que el riesgo es más elevado la compensación a la madre subrogada es menor y no se prevé ninguna disposición para sus familias en caso de fallecimiento. La tasa de mortalidad por el embarazo en los EU es de 8 por cada 100.000, pero en países como los que se mencionan es cien veces más elevada (8 en 1.000).

²² Se limita el número de veces que una mujer puede actuar como un madre subrogada debido a la elevación de los riesgos asociados a cada embarazo.

en el acuerdo legal, la madre subrogada puede pedir el reembolso de cualquier gasto que ella considere “relacionado” con el proceso de subrogación.^{23/}

Costos Médicos

Los gastos médicos más importantes están relacionados, por una parte, con la fecundación *in vitro* y los medicamentos involucrados, por otra parte, con el embarazo y el nacimiento del niño. Por lo que toca a la fecundación *in vitro* La mayoría de las clínicas ofrecen dos planes: en el primero se paga por cada servicio que se llevan a cabo resultando un monto total entre 15,000 y 25,000 dólares; la otra opción, es un plan todo pagado que es más caro (alrededor de 30,000 dólares) pero que incluye dos intentos de fecundación *in vitro*, sin reembolso si hay embarazo al primer intento. Si se requieren más intentos los gastos no tienen límites. Por lo que toca al embarazo y parto se incluyen: los costos relacionados con las visitas médicas, medicamentos, análisis y pruebas (alguna relativamente costosas); dos seguros de salud, uno para la madre subrogada y otro para el niño recién nacido; el deducible y los coaseguros para el parto se sitúan alrededor de 10,000 y de 15.000 si se trata de mellizos.

Costos Legales.

Los honorarios legales pueden variar de 1,500 a 8,000 dólares, dependiendo del abogado y los servicios prestados.

Honorarios de Agencia.

Los honorarios de las agencias se sitúan entre 3 y 30 mil dólares. Algunos no tienen límite pues basan su honorarios en el desempeño de los padres y la madre subrogada y cobran una compensación con para intento adicional.

Otros costos.

La naturaleza de dichos costos es diversa, al igual que su monto. Se debe tomar en cuenta el seguro de vida para la madre subrogada (de 200 a 300 dólares al año), la investigación de la historia legal y de crédito de la madre subrogada (150 dólares); la evaluación psicológica y consejería (de 2 a 4 mil dólares); la estancia en el hotel de la madre subrogada después de la transferencia de embriones (600 dólares); alojamiento, viajes y alquiler de coches por parte de los futuros padres internacionales; los costos asociados con el cuidado del niño recién nacido después de salir del hospital, tales como ropa, pañales, fórmula y los arreglos de viajes; documentos oficiales, incluyendo certificado de nacimiento, pasaportes (300 dólares pero el doble si son mellizos).

A veces una pareja también necesitará la ayuda de un donante de óvulos. Las donantes siempre son elegidas a través de una agencia para mantener relación es anónima, excepto cuando un amigo o familiar actúa como donante. El costo ronda los 15 mil dólares pero puede ser mayor dependiendo

²³ Los abusos no se pueden excluir, por ejemplo la madre subrogada puede aprovechar el acuerdo para darse una vida de rey pretextando la salud física y emocional del feto; podría incluso llegar a comportamiento fraudulento al solicitar el reembolso de facturas falsas o sobrefacturadas.

de la agencia y las cualidades que busca en un donante de óvulos; las donantes muy solicitadas tienden a cobrar más.^{24/}

Weathers (2011) concluye que una pareja no gasta menos de 30 mil dólares, incluso cuando alguna pariente sirve de madre subrogada. Cuando se utiliza una madre subrogada independiente y una donante de óvulos, se alcanzan hasta 150 mil dólares. La agencia *Construyendo Familias* propone un paquete de entre 85 y 95 mil dólares por cada embarazo; cuando se trata de mellizos se agregan otros 10 mil dólares.

Campillo (2009) señala que en los Estados Unidos el precio es de 100 mil dólares como mínimo, de los cuales la madre gestante cobra unos 25.000, la madre biológica –la persona anónima que aporta el óvulo–, entre 4.000 y 10.000 dólares; el resto va para la agencia especializada, los gastos médicos y los abogados.^{25/}

Según Quezada (2008), el costo de una FIV se sitúa entre 50 y 70 mil pesos y el de la renta de útero entre 400 mil y un millón de pesos.

1.7. MATERNIDAD, PATERNIDAD Y FILIACIÓN

La paternidad hace referencia a la cualidad de padre o progenitor masculino. Por extensión el término puede referirse a ambos progenitores. Para referirse exclusivamente a la cualidad de madre se utiliza el término maternidad. Hasta ahora la relación de paternidad ha venido siendo una relación de exclusividad y unicidad, en otras palabras, que sólo hay un padre y una madre.

En la gestación subrogada llegan a participar hasta tres mujeres que podrían presumir ser madres del niño. ¿Quién es la madre: la que solicitó el embarazo, la que dio a luz al niño o la que aportó el material genético? ¿Las tres? ¿A quién se le asignaría la patria potestad? En el proceso también participan dos hombres: el que aporta material genético y el que hace el pedido. ¿Quién es el padre? ¿Es posible tener más de una madre y un padre? Para responder a estas preguntas es importante dilucidar los conceptos de maternidad, paternidad y filiación.

1.7.1. Maternidad

De acuerdo con Arámbula (2008), la maternidad tradicional se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente; tiene un carácter dogmático porque se sustenta en la certeza de ese evento –el parto– así como en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, la cual derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad porque ésta última goza de certeza absoluta. Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores (procreación o adopción).

²⁴ Como casi todo en los Estados Unidos, las transacciones con óvulos, espermatozoides y embriones tienden a regirse por ley de la oferta y la demanda

²⁵ Véase: <http://Beatrizcampilloblogsubro.com>

La aparición de las diversas modalidades de gestación subrogada supone la intervención de diversas mujeres en el proceso las cuales pueden participar con su material genético, con su útero o con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido. De ese hecho real surge la pregunta de si se puede prescindir la figura de la maternidad hasta ahora ligada únicamente a la gestación y al parto.

En el proceso de subrogación la mujer juega un papel clave y polifacético que conviene precisar mediante una serie de definiciones:

- Madre genética o biológica. Es la mujer que aporta el material genético.
- Madre gestante. Es la mujer que gesta y da a luz un hijo sin aportar material genético. Su papel es servir de incubadora humana de un hijo ajeno. Es la mujer contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, y que proviene de la unión de un espermatozoide y un óvulo de la pareja contratante, o bien de donadores de espermatozoides u óvulos. Es la mujer embarazada como resultado de un acuerdo contractual de gestación.
- Madre subrogada. Es la mujer que utilizando su propio óvulo se embaraza a través de técnicas de reproducción asistida, gesta y da a luz, como resultado de un contrato de subrogación. Es la mujer inseminada usando su propio óvulo y que entrega al niño al solicitante.
- Madre portadora. Es indistintamente madre gestante o subrogada
- Madre solicitante, madre comitente o madre futura. Es la mujer A que solicita a otra mujer B embarazarse y gestar un hijo para ella, es decir, para que la mujer A se quede con él.
- Madre de crianza. Es la mujer que alimenta, cuida y educa al niño, día a día, que puede o no coincidir con la madre legal o biológica.
- Madre legal. Es la mujer reconocida por la ley, es decir, la que fue determinada como tal en razón de las reglas de filiación. En la gestación subrogada normalmente la madre solicitante, la madre de crianza y la madre legal son la misma persona.

Citando a Morán de Vicenzi, Arámbula (2008:13) indica que se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad. En esa dirección la doctrina ha clasificado formas de maternidad según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación.

Así se han llegado a identificar las modalidades siguientes:

- Maternidad plena. Es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implica la maternidad.
- Maternidad genética. Es la que se atribuye a la donante de óvulos.
- Maternidad gestativa. Cuando una mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

- **Maternidad legal.** La de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

Paradigma tradicional: la mujer que da a luz es la madre.

A pesar de la aparición de nuevas formas de reproducción sigue imperando la doctrina que considera al elemento biológico de la gestación y el parto como el factor determinante de la maternidad y, en consecuencia, el criterio fundamental para designar legalmente a la madre. De ahí se sigue que la determinación de la maternidad se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico.

De acuerdo con Trabucchi *"la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre".*²⁶ / La maternidad no sólo estriba en que una persona geste y tenga el parto. Tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga "no es madre quien engendra sino quien educa".

1.7.2. Paternidad

La paternidad no se ha entendido siempre de la misma forma. Su significado ha variado a través de la historia a la par del concepto de familia. La vinculación por la sangre no siempre ha sido la base de la paternidad jurídica. En Roma la paternidad se reconocían tres formas de entrar a formar parte de la familia: nacimiento, adopción o convenio. Más tarde, tanto en los países latinos como anglosajones, los lazos de sangre fueron instaurándose como criterio prioritario. Sin embargo los actos de voluntad tuvieron un papel significativo como criterio de paternidad. Con la aparición de las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo está tomando mayor relevancia, pues se amplían las posibilidades de que el marido o compañero de la mujer que gesta un hijo no sea el progenitor. En esas circunstancias el reconocimiento legal del hijo reposa cada vez más en la voluntad de quien quiera asumir los derechos y obligaciones de la paternidad legal.

El papel de la paternidad es complejo: progenitor, modelo a observar por el niño; jefe del hogar; tomador de decisiones; representante de la familia en la comunidad; proveedor de lo necesario para vivir bien y desarrollarse (casa, alimentación, salud, educación...). Además la ley le impone derechos y obligaciones frente al hijo.

1.7.3. Filiación

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.²⁷ /

²⁶ Citado por Morán de Vicenci (2005:193).

²⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Filiaci%C3%B3n>

Del carácter estrictamente jurídico de la relación filial se desprenden ciertas consecuencias. En primer lugar, puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial. En segundo lugar, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica.

La filiación puede ser vista desde dos perspectivas exclusivamente: i) como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y ii) como un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

Procedimientos para constituir la filiación

El estado civil filial puede tener su origen en diversos procedimientos que establezca la ley. Cada procedimiento se organiza en torno a diversos criterios-base determinados en cada legislación, los tradicionales son: el natural, mediante acto de la procreación, y el puramente jurídico, mediante un contrato (como en la antigua adopción romana) o un proceso jurisdiccional de adopción. Otros criterios-base son los de reproducción asistida, mediante un acto tecnológico de reproducción, y uno social, atribuido mediante sólo consideraciones sociales sobre quien sea hijo de quien. En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial o extramatrimonial.

Formas de determinar la filiación

Depende de cada legislación nacional y se apoya en el establecimiento de ciertos tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica y que sean una manifestación externa del criterio-base:

- Mediante el parto. Éste se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica sólo a la mujer.
- Mediante la vieja y conocida regla del *pater is est* (sólo opera en un procedimiento natural). Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta. Ésta se construye mediante tres subreglas: i) la existencia de un matrimonio, ii) el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y iii) que esté determinada la maternidad de la madre
- Mediante el acto de reconocimiento de la progenitura, paterna o materna. Éste constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona. Cada legislación tiene sus propios límites de procedencia, pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites.
- Mediante sentencia firme. Este caso es aplicable para adopciones, o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros.
- A través de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil. En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida.

- Mediante posesión notoria. Sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.

Efectos de la filiación

La filiación tiene importantes efectos jurídicos. Podemos citar, entre los más importantes, los siguientes:

- En el caso de derecho de familia, la filiación origina la patria potestad, el que en algunas legislaciones se divide en la custodia personal del menor y la custodia patrimonial de sus bienes, la obligación alimenticia en caso de vida separada de los padres, el derecho a la relación directa y regular entre el hijo y el padre que no tiene la custodia del primero, el deber de socorro y ayuda mutua, el deber de educar al hijo.
- En el caso de derecho sucesorio, en algunos sistemas, la filiación obliga a la reserva de la legítima y es el heredero legal prioritario (junto con el resto de hermanos).
- La filiación determina los apellidos de la persona, que se registrarán en función de la legislación concreta aplicable.

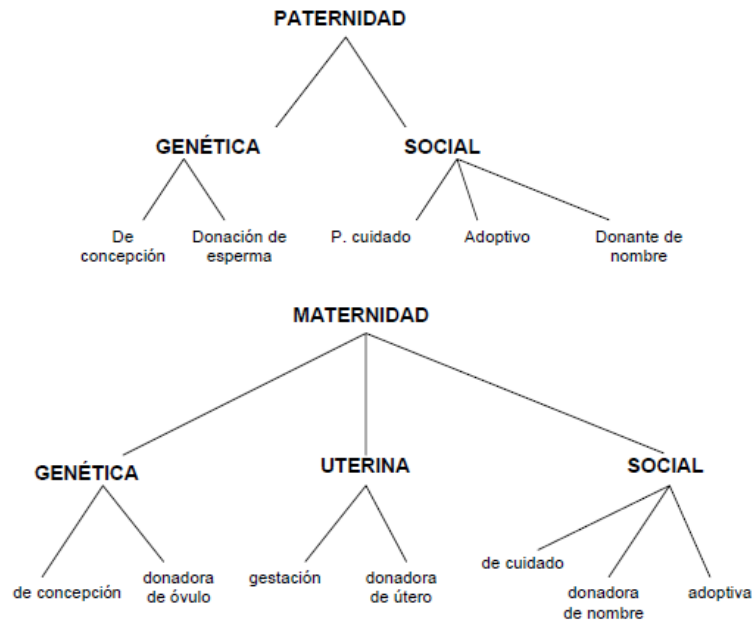
Entre los efectos extra civiles podemos mencionar:

- En derecho penal, la filiación puede alterar la punibilidad de un delito, en algunos casos como excusa legal absoluta, y en otras como atenuante, o como agravante.
- En derecho constitucional e internacional público, la filiación puede comunicar la nacionalidad de los padres a los hijos de éstos, en los casos de regla de *ius sanguinis*.

1.7.4. Desdoblamiento de la maternidad y la paternidad

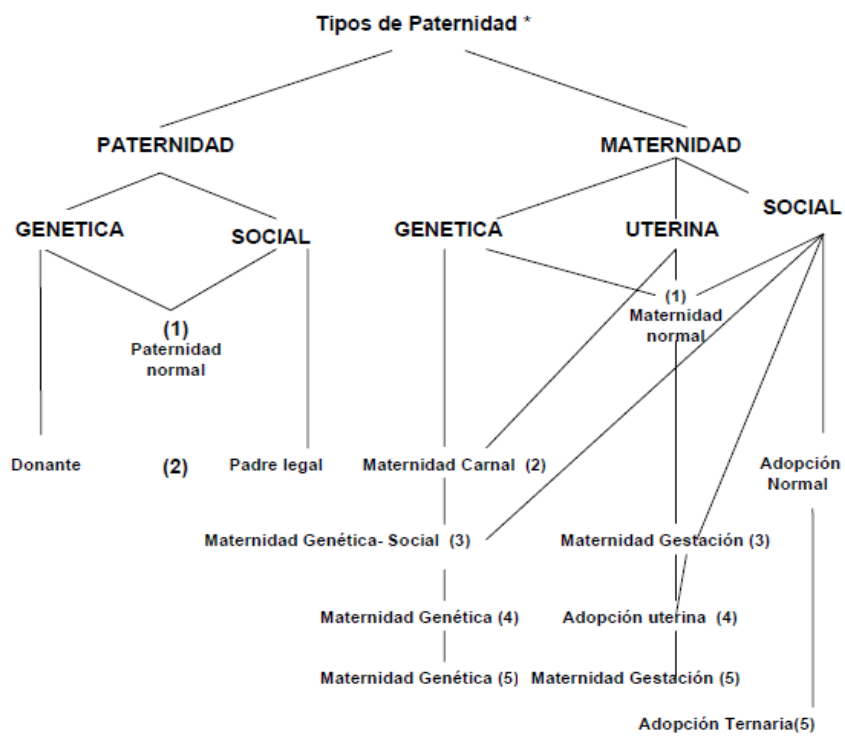
Las técnicas de reproducción asistida en general y la gestación subrogada en particular permiten disociar funciones sociales y biológicas. Como resultado, los conceptos de maternidad y paternidad se desdoblán. El hijo puede tener varios padres y madres simultáneamente: el padre que aportó el espermatozoide, el padre que pidió el embarazo, la madre que aportó el óvulo, la madre que gestó y dio a luz, y la madre que solicitó la subrogación. En las figuras 1 y 2 se presentan el desdoblamiento para ambos conceptos.

Figura 1.1. DESDOBLAMIENTO DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD



Fuente: Lombardi Vaillauri, L (1984), citado en Arambula (2008).

Figura 1.2. DESDOBLAMIENTO DE PATERNIDAD



Fuente: Lombardi Vaillauri, L (1984), citado en Arambula (2008).

El desdoblamiento de la paternidad ilustrado en la figura 1.2 se entiende en sentido genérico. Los distintos supuestos de maternidad resultan de cada combinación:

- maternidad normal;
- maternidad carnal, cuando la madre aporta material genético y el vientre pero no aparece como la madre legal (incluye el caso de maternidad subrogada);
- maternidad genética social, cuando la mujer aporta el óvulo y reconoce al niño como hijo pero este es gestado por otra mujer (requiere gestación subrogada);
- maternidad genética, la cual corresponde a la donadora de óvulo pero ni aporta el vientre ni es reconocida como madre legal;
- maternidad gestacional cuando la mujer aporta el vientre y reconoce al hijo pero no proporciona material genético;
- adopción uterina, cuando la mujer actúa como incubadora (gestación subrogada);
- adopción, cuando se desea ejercer la maternidad social del hijo.

Capítulo 2

MARCO TEÓRICO: LA BIOÉTICA

El objetivo de este capítulo es establecer el marco teórico que utilizaremos para analizar los dilemas de la gestación subrogada. En nuestra investigación necesitamos conceptos, teorías y procedimientos que sirvan de marco sencillo y asequible al juicio moral para tratar los dilemas que surgen de esa práctica, y que agilice la toma de decisiones en cualquier encrucijada donde la práctica sitúe al médico, al investigador, a la institución de salud, al gobernante y al legislador. En esa tarea nos apoyaremos fundamentalmente en trabajos que ofrecen una visión sintética de los fundamentos filosóficos de la bioética, complementados con análisis sobre temas específicos de ética personalista. La bioética suministra un marco sólido de referencia para discutir racionalmente los avances tecnológicos en su interacción con la vida y que han permitido el surgimiento de la gestación subrogada. ¿Qué enfoque de bioética y qué modelo ético es el adecuado para analizar la gestación subrogada?

2.1. LA BIOÉTICA, VALORES Y PRINCIPIOS

Es comúnmente aceptado que la bioética surgió históricamente de la ética médica y se centró originalmente en la relación médico-paciente.²⁸ En ese contexto supone un intento de conseguir un enfoque secular, interdisciplinario, prospectivo, global y sistemático, de todas las cuestiones éticas que conciernen a la investigación sobre el ser humano y en especial a la biología y la medicina (León Correa, 1992). La evolución de la disciplina ha sido muy rápida y ahora incluye campos como el ambiente y la relación del hombre con los animales, haciendo gala de su más amplio contenido: bioética, ética de la vida.

El término bioética vino a resolver la necesidad de un marco de debate y de formulación moral con participación no solo de médicos e investigadores, sino también de otros profesionales vinculados a las ciencias de la vida, entre ellos, biólogos, farmacéuticos, expertos en salud pública, juristas, filósofos, teólogos. Esta disciplina ha venido jugando un papel destacado en el marco de la filosofía moral y sus repercusiones se han dejado sentir en ordenamientos jurídicos y sociales en todo el mundo.

En la actualidad las definiciones de bioética son diversas y reflejan una amplia variedad de enfoques, concepciones y ámbitos de aplicación.

La incluida en la Enciclopedia de Bioética (Reich, 1978) nos parece pertinente en términos de nuestra investigación:

“La bioética es el estudio sistemático de la conducta humana, en el ámbito de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, examinada a la luz de los valores y los principios”.

En términos generales los investigadores destacan algún aspecto que les interesa, normalmente el de su área de trabajo o especialización, de ahí que las definiciones de bioética pongan en relieve aspectos específicos, por ejemplo, los nuevos problemas planteados por los avances de las ciencias biomédicas, los aspectos sociales o comunitarios, y los conflictos de valores. En ese sentido, la gestación subrogada plantea, como ya señalamos, un dilema ético general y dilemas éticos particulares que surgen a lo largo del proceso (ver tabla 3).

²⁸ El término bioética fue acuñado por el investigador en Oncología Van Rensselaer Potter en su libro "Bioética: puente hacia el futuro", publicado en 1971. Ese evento es considerado como el inicio de la disciplina.

Tabla 3 TEMAS DEBATIDOS EN BIOÉTICA CLÍNICA Y SALUD PÚBLICA ALGUNOS DE LOS CUALES ACOMPAÑAN A LA GESTACIÓN SUBROGADA		
Respeto a la vida	Transmisión de la vida	Otros ámbitos
- Aborto *	- Esterilización anticonceptiva	- Anticoncepción
- Eutanasia	- Eugenesia	- Enfermo terminal
- Destrucción de embriones *	- Píldora abortiva	- Ética pediátrica
- Investigación básica	- Inseminación artificial *	- Terapia génica
- Fertilización <i>in vitro</i> *	- Diagnóstico prenatal *	- Cirugía de cambio de sexo
- Congelación de embriones *	- Consejo genético *	- Asignación de recursos
- Trasplante de tejido fetal	- Terapia sexual	- Secreto profesional
- Lavado uterino *	- Elección de sexo *	- Ensayos clínicos
	- Clonación	- Trasplantes
	- Gestación subrogada *	- Modificación del comportamiento
		- Drogadicción
Notas.- * Debates que acompaña la subrogación de útero. Fuente: elaboración por parte de la autora a partir de Santiago (2004).		

Esos ejemplos sacan a la luz las divergencias sobre el contenido de la bioética. Algunos ven a la disciplina como:

- un marco de reflexión y de investigación interdisciplinaria sobre los desafíos a raíz de los progresos técnico-médicos;
- un método de análisis que ayude en los casos de toma de decisiones; o
- una búsqueda de normas sobre el deber ser en el ejercicio profesional.

¿Qué perspectiva o teoría moral puede ofrecer apoyo más consistente a la resolución de los grandes dilemas éticos? Según Santiago (1998), médicos y científicos carecen en el momento actual de una visión uniforme y universal acerca del modo de sancionar lo que es "bueno" y lo que es "malo" en el plano moral. ¿Ofrece una ética de virtudes o una ética de deberes la mejor perspectiva? ¿Proporciona el utilitarismo, la casuística o la ética de los principios -por citar algunos modelos- una ruta de reflexión moral que satisfaga a todos? La respuesta es negativa. Ello revela que, a cuatro décadas de su arranque, la fundamentación teórica acerca de los principios filosóficos que deberían sostener las decisiones morales en el campo de la medicina y de las ciencias de la vida permanece plural y controvertida. Tres hechos, de acuerdo con el filósofo español, están detrás del desacuerdo:

- El fuerte individualismo de las decisiones médicas. Ese individualismo se basa en una tradición de "deberes" específicos de los médicos y de los investigadores y sobre una mentalidad escasamente sensible a los argumentos teóricos generados desde disciplinas o instancias ajenas a la ciencia médica. Ese Individualismo se genera, a su vez, sobre la experiencia de que las decisiones éticas aplicadas implican siempre al propio médico, que se convierte, a su pesar, en el agente moral de la acción. Durante siglos las determinaciones utilitaristas de la medicina vinieron orientadas por la herencia de la *physis* griega, por una respetuosa contemplación de la naturaleza del hombre. Desde hace medio siglo el núcleo determinante de las acciones médicas es básicamente epistemológico, científico, crecientemente asistido por la idea de dominio del hombre, de su corporeidad, de su reproducción, y de su muerte. Y ésta es una opción que el médico se ve obligado a aceptar o rechazar.

- La fuerza coactiva y determinante de la *praxis*, sus resultados y logros, que impresiona a la sociedad y proporciona solidez a la visión utilitarista y horizontal de la vida en la actualidad. El prestigio de la ciencia es extraordinario y dota a las acciones del médico o del científico de un valor añadido suficiente para muchas conciencias, que identifican, sin mayor análisis, "acción médica" o "avance científico" con acción moralmente buena. En un principio fue el médico quien creía que el dominio de la ciencia era suficiente para dominar el juicio moral. Pero ahora también el paciente fácilmente lo estima así.

- El pluralismo moral de la sociedad democrática y liberal que ha trastocado la vieja aspiración kantiana del principio de universalidad. La modernidad ha elevado a rango de dogma el principio de autodeterminación, entendido como ejercicio de la libertad como simple elección y no como búsqueda del bien, que ha remitido al dominio de la subjetividad las realidades objetivas. El *telos* de la conciencia médica, liberal y comprensivo, ha sido frágil muro de contención -cuando no parte interesada- de las contradicciones de la sociedad moderna, donde ha hecho fortuna una exaltada interpretación de la libertad sobre la virtud, del "yo quiero" sobre el "yo debo" o el "yo soy". La actual crisis de fe en la razón, asegura Santiago, incapacita al hombre para acceder a un diálogo o debate radical sobre la naturaleza esencial del ser humano; a su vez, la organización de la sociedad renuncia a buscar la verdad en sí misma, elevando el consenso, sobre una base de tolerancia y relativismo, a valor clave de la convivencia. Así, se abre paso a la conveniencia de dar por igualmente buenos y válidos los distintos modelos de obrar moral, que, a modo de paradigmas, vendrían a representar "marcos" de pensamiento común que han de coexistir en un espíritu de tolerancia. En este contexto, entre la necesidad de responder a las exigencias sanitarias de una sociedad plural y el empuje del desarrollo tecnológico, la medicina ha ido poco a poco perdiendo conciencia acerca del significado moral de muchos de sus "hechos" o acciones -preventivas o terapéuticas- elevando los "hechos" a la categoría de resolución moral.

Nosotros recurrimos a la bioética para buscar elementos que orienten tanto la reflexión como la búsqueda de normas que nos ayuden a solucionar los dilemas bioéticos que plantea la gestación subrogada. Sin embargo, no olvidamos que toda ética filosófica se inscribe en una tradición cultural, en una determinada visión del mundo, de la historia y del hombre, que precede a la reflexión moral, que la enmarca y le da coherencia.

2.1.1. Valores y principios

La reflexión bioética se basa en hechos, valores, principios y reglas.

Los hechos son acontecimientos observables por el médico, el investigador y, en general, el sistema de salud. En el ámbito de la bioética lo más importante es el hecho biológico, el hecho científico.^{29/} Según el empirismo lógico, concepción heredada de la filosofía de la ciencia, un hecho es una observación verificable y objetiva, en la que los hechos se identifican con las observaciones. Según el realismo científico, es un acontecimiento que puede ser descrito de manera verificable y objetiva. El hecho es y ha sido soberanía de los médicos y de los científicos.

²⁹ Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Hecho_cient%C3%ADfico

Los valores son referentes, pautas o abstracciones que orientan el comportamiento humano (Morales de Casas 2010). Son guías que dan determinada orientación a la conducta y a la vida tanto del individuo como la de los grupos sociales, por lo mismo, dan sentido y significado a la vida humana y a la sociedad. En sentido humanista, se entiende por valor lo que hace que un hombre sea tal, sin lo cual perdería los atributos que lo harán trascender honorablemente.

Los valores, campo natural de los filósofos y moralistas, se refieren a una excelencia o a una perfección positiva (bondad, solidaridad,...) pero también existen anti valores, contravalores o vicios (maldad, envidia, egoísmo ...); en cualquier caso generan satisfacción en aquellos que los practican. Cada valor es una abstracción íntegra, no es divisible, y conlleva un valor opuesto (Aristóteles). Hay valores más importantes que otros, por ello queremos decir que algunos son considerados superiores y otros inferiores, sin embargo, las jerarquías no son rígidas ni predeterminadas, varían según las necesidades, experiencia o moralidad de la persona, la sociedad y la época. Hay necesidad de establecer jerarquías porque existen conflictos de valores.

De acuerdo con Morales de Casas (2010), el valor abarca contenidos y significados diferentes, y ha sido abordado desde diversas perspectivas y teorías.^{30/} Las diversas posturas conducen a inferir dos enfoques básicos acerca de los valores en el ámbito de la axiología: objetivismo o subjetivismo.^{31/}

La visión subjetivista considera que los valores no son reales, no valen en sí mismos, sino que son las personas quienes les otorgan un determinado valor, dependiendo del agrado o desagrado que producen. Desde esta perspectiva, los valores son subjetivos, dependen de la impresión personal del sujeto. La escuela neokantiana afirma que el valor es, ante todo, una idea. Se diferencia lo que es valioso de lo que no lo es, dependiendo de las ideas o conceptos generales que comparten las personas. Algunos autores indican que “los valores no son el producto de la razón”; no tienen su origen y su fundamento en lo que nos muestran los sentidos; por lo tanto, no son concretos, no se encuentran en el mundo sensible y objetivo. Es en el pensamiento y en la mente donde los valores se aprehenden, cobran forma y significado. La escuela fenomenológica, desde una perspectiva idealista, considera que los valores son ideales pero objetivos; valen independientemente de las cosas y de las estimaciones de las personas. En cambio, los realistas afirman que los valores son reales; valores y bienes son una misma cosa. Y todos los seres tienen su propio valor.

Los principios traducen los valores en términos prácticos.^{32/} Designan una orientación fundamental, inspiradora de la acción de un ser humano (véase el cuadro 4). Para Kant son aquellas proposiciones que contienen la idea de una determinación general de la voluntad que abraza muchas reglas prácticas. Se trata de normas de carácter general, pero sin llegar a ser valores. Las reglas o normas son acciones más concretas y específicas que materializan los principios.

³⁰ Véase: Morales de Casas, Los valores y su significado, en <http://www.monografias.com/trabajos14/los-valores/los-valores.shtml>, página visitada en marzo de 2011.

³¹ La axiología o filosofía de los valores, es la rama de la filosofía que estudia la naturaleza de los valores y juicios valorativos

³² En términos generales se entiende por principio la fuente de donde deriva o procede algo real. Existen diversos tipos de principios: los físicos, que son las cuatro causas (material, formal, eficiente y final); los metafísicos, que son los primeros principios reales; los cognoscitivos y apetitivos, que son las facultades o potencias, etc.

Cuadro 4
EJEMPLOS DE PRINCIPIOS BIOÉTICOS

Fundamentales, complementarios y unánimemente reconocidos:

- Respeto a la vida humana, que pertenece al orden de la objetividad y debe servir de finalidad a la actuación ética; y
- Autodeterminación de la persona, que remite al dominio de la subjetividad.

Específicos de la deontología médica

- Beneficencia,
- Benevolencia y
- Confidencialidad;

TL. Beauchamp y J. F. Childress

- Beneficencia. Obligación de hacer el bien (Hipócrates)
- No maleficencia. No hacer daño al paciente (Hipócrates)
- Justicia
- Autonomía. Obligación de respetar los valores y opciones personales. De aquí se deriva el consentimiento libre e informado de la ética médica actual.

Diego Gracia (1992)

- nivel 1 (ética de los mínimos): no maleficencia y justicia. Puede obligar a la persona porque regula el bien común. Campo de las obligaciones "perfectas" que generan deberes negativos transitivos (lo que no se debe hacer a otros). Socialmente está regulado por el Derecho.
- nivel 2 (ética de los máximos): autonomía y beneficencia. Está relacionado con el proyecto vital que cada persona escoge en la búsqueda de la felicidad y la realización. Campo de las obligaciones "imperfectas", exigibles para uno mismo pero no para los demás. Estudio de la Moral.

Otros

- Utilitarista. Busca el mayor bien para el mayor número de personas;
- Universalización. Propone a la persona como fin y no como un medio;
- Igualdad en dignidad y valor de todas las personas humanas;
- Justicia y Equidad, que puede compensar el utilitarismo primando la ayuda a los menos favorecidos.

Principios de la ética personalista

Véase el apartado 3 de este capítulo.

Fuente: elaboración por parte de la autora

Principios y reglas deben estar al servicio de los valores y traducirlos en términos operativos. El respeto a los valores funda los principios éticos. El equilibrio de los valores y principios no es siempre fácil. En el ámbito de la bioética nos encontramos frecuentemente con conflictos de principios y valores que es necesario jerarquizar o regular, tanto en casos concretos como en la teoría. De cualquier manera, está claro que toda reflexión bioética de la persona está condicionada por sus propios valores, por sus opciones y creencias, por la manera de entender al hombre, la vida y la medicina.

Bienes supremos: Dignidad, vida, salud.

Un autor anónimo de Wikipedia asienta que la **dignidad**, o «cualidad de digno», deriva del adjetivo latino *dignus* y se traduce por «valioso». Hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad, se tiene desde el mismo instante de su fecundación o concepción y es inalienable. Lo podemos descubrir en nosotros o podemos verlo en los demás. Pero no podemos otorgarlo ni está en nuestra mano retirárselo a alguien. Es algo que nos viene dado. Es anterior a nuestra voluntad y reclama de nosotros una actitud proporcionada, adecuada: reconocerlo y aceptarlo como un valor supremo. Este valor singular que es la dignidad humana se nos presenta como una llamada al respeto incondicionado y absoluto. Un

respeto que, como se ha dicho, debe extenderse a todos los que lo poseen: a todos los seres humanos, por su misma naturaleza, por la misma fuerza de pertenecer a la especie humana, por su particular potencial genético; por lo tanto todo ser humano es en sí mismo digno y merecedor del mayor respeto (<http://es.wikipedia.org/wiki/Dignidad>).

Vida: La "vida humana", cualquier vida que se reconoce como "humana", nunca se puede considerar simplemente como un mero "bien físico o biológico", sino que está siempre unida a un bien moral ineludible. No por la realidad fisiológica que la sustenta que es vulnerable a tantos males, y finalmente corruptible, sino porque el reconocimiento de la vida humana es inseparable de la dignidad y de la responsabilidad ante ella.

Salud: Existen varias concepciones para la definición de salud, la primera que se aborda en su concepto de salud se refiere a un equilibrio del ser humano, de su organismo biológico y de su cuerpo, (entendiendo este como la representación del mismo), en relación con factores biológicos, medios ambientales, socioculturales y simbólicos, que permiten a cada ser humano además de crecer, potenciar sus posibilidades en función de sus propios intereses y de los de la sociedad en la cual se encuentra inmerso. En la antigüedad estar sano equivalía a poder desarrollar las actividades cotidianas, alguien con capacidad para el trabajo y las relaciones familiares y sociales era considerada sana, aunque padeciese algunos de los procesos que hoy consideramos enfermedad. Se trataba de una noción sumamente pragmática que hacía compatible la definición de sano con el sufrimiento de algunas molestias, siempre que estas no afectaran decisivamente a la actividad ordinaria. Es entendible que sin vida no hay salud, por lo tanto la vida se ubica en una jerarquía superior; una persona puede estar afectada en su salud pero seguir con vida.

2.1.2. Principialismo versus filosofía moral

La bioética nació en los Estados Unidos a principios de la década de los años 70 con un enfoque eminentemente principialista. El Principialismo se refiere a la práctica de usar principios en lugar de una teoría para resolver los dilemas morales que surgen en la práctica médica y en general las cuestiones de la vida. Ese enfoque se difundió y convirtió rápidamente en la escuela dominante en el mundo occidental aunque no en la única. Esa facilidad con la cual se ha expandido se debe, entre otras razones, a que en el mundo anglosajón más que en cualquier otra parte del mundo, Europa incluida, los desarrollos procedimentales han adquirido gran relevancia. Dentro de esta tradición los trabajos que mayor influencia han tenido son los de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, con sus famosos cuatro principios: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. La acendrada tradición utilitarista en ese país, centrada en los derechos individuales, ha hecho de la autonomía el principio de mayor jerarquía.

El discurso bioético tradicional estadounidense se sustenta principalmente en los derechos cívicos y el pluralismo ideológico, y siempre busca el consenso y estrategias para hacer frente a la diversidad cultural. Su lenguaje es de "regulaciones" y "directrices" aplicables incluso en temas de alta complejidad. No trata de buscar una fundamentación común, sino que partiendo de distintas tradiciones, trata de lograr consensos sobre temas concretos conforme van surgiendo.^{33/} En sus orígenes y hasta hoy día la bioética estadounidense se ha conectado muy bien con la ola de liberalismo político que profesan la élites de ese país y que reconocen como propio el lenguaje de derechos y libertades individuales en una economía de mercado.

³³ Esa postura se refleja en comités de revisión institucionales y en comisiones asesoras de la Casa Blanca y del Congreso

En suma, en sus orígenes la bioética fue un producto típico de la cultura estadounidense. Sin embargo, la propia bioética de ese país está tomando consciencia de los límites y aporías de un enfoque demasiado sesgado hacia el individualismo egoísta, de tal manera que en los últimos lustros se encuentra inmersa en un intenso debate al cual han contribuido las críticas provenientes de otras escuelas de pensamiento.

Clouser y Gert (1990) se cuentan entre los críticos más severos del principialismo. Señalan que los “principios” que utiliza esa corriente no son principios (en términos filosóficos) y, para colmo, no funcionan como se suponen deberían funcionar, por lo que su uso es una ilusión, por no decir un engaño tanto teórico como práctico. Apuntan que dichos “principios” están muy lejos de ser guías para actuar y que a lo mucho son nombres de una colección de aspectos que se deben tomar en cuenta frente a los problemas morales. Añaden que dichos “principios” carecen de una relación sistemática entre ellos y frecuentemente colisionan unos con otros, dando origen a conflictos irresolubles, ya que no existe una teoría moral unificada de la cual deriven.³⁴

³⁴ Sin salir de la teoría principialista Diego Gracia (2007) pretende mejorar e incluso resolver los problemas del planteamiento de Beauchamp y Childress (Ramos Pozón, 2010). Critica la carencia de un sistema previo de referencia, una epistemología de base y la ausencia de una jerarquización en los principios. Dicha crítica se justifica ampliamente pues ambos investigadores estadounidenses consideran que los principios pueden ser justificados desde el deontologismo y el teleologismo, / por lo que no es necesaria la justificación de los mismos. Sin embargo, Diego Gracia cree que esos sistemas éticos no son justificaciones meta-éticas de los principios «prima facie», / sino que son dos momentos ineludibles de la racionalidad moral (véase el cuadro 5): el momento de esbozo y el de experiencia. El investigador español añade que la jerarquización de los principios es absolutamente necesaria y otorga a la «no-maleficencia» y a la «justicia» (nivel 1), un rango superior a la «beneficencia» y a la «autonomía» (nivel 2).

Como señalamos con anterioridad, el principalismo no representa el único modo de racionalizar la respuesta moral ante los modernos dilemas éticos en el ámbito de la vida. En Europa, por ejemplo, la tradición ética es mucho más elaborada y conceptual. En el momento actual operan diversas ópticas de filosofía moral en mayor o menor medida asociadas o fundidas con la resolución epistemológica o científica de los dilemas. Para de Santiago (1998) la bioética ha atravesado su etapa infantil de la vida y ahora se encuentra inmersa en la complejidad y el debate moral de la edad adulta.

La bioética europea continental no busca una fundamentación en principios filosóficos sino en valores ampliamente compartidos culturalmente. Sin duda ha estado más influida por los intentos de fundamentación sobre principios absolutos, como es el caso del imperativo categórico kantiano, que generarían obligaciones morales absolutas. En esa óptica los principios de no maleficencia y justicia regulan el bien común y jerárquicamente son superiores, en caso de conflicto, al de autonomía que se refiere al bien particular de cada individuo.

2.2. ÁREAS, TEORÍAS Y MODELOS

La multiplicidad de ámbitos, temas, enfoques y teorías involucradas en la bioética han dado origen a intentos de clasificación para poner orden y ganar claridad analítica. A continuación presentamos algunas propuestas taxonómicas.

Áreas de la bioética

Callahan (1973) señala cuatro áreas de la bioética que poseen un contenido propio:

- La bioética teórica o conceptual, también conocida como meta-bioética. Reflexiona sobre los fundamentos racionales de las acciones morales en el campo de la medicina y de las ciencias de la vida. En la actualidad se debate si la racionalidad de las decisiones médicas y científicas ante los grandes dilemas ha de ser buscada en las tradiciones éticas y en la propia práctica profesional, o si debe partir de los grandes principios de la filosofía moral o de la teología.
- La bioética clínica. Centra su atención en la toma de decisiones éticas en el día a día de la práctica profesional (enfermera, médico, farmacéutico, sistema de salud). Se trata de una ética muy vinculada a los casos clínicos concretos: ¿Se puede considerar competente a este enfermo depresivo al tomar una decisión sobre sí mismo? ¿Se puede retirar el respirador a este enfermo mantenido en estado vegetativo? ¿Cómo debe responder el obstetra ante una grave malformación congénita del feto que puede hacer peligrar la vida de su madre? Esas y otras muchas preguntas, semejantes por su complejidad, son típicas de la ética clínica. Juega en ella un papel estelar la figura del médico, al que corresponde el protagonismo de iniciar la toma de decisiones, un proceso donde se ha de fundir la teoría moral y la práctica y donde el procedimiento que articula la reflexión ética -lo que Aristóteles llamaba la razón práctica- juega un determinante papel.
- La bioética orientada a decisiones de salud pública y al debate con la justicia. Se da en el contexto de la política sanitaria y de la ética clínica. No suele localizar su interés sobre casos individuales sino en el nivel macro, por ejemplo en: la racionalidad de las soluciones sanitarias; los desafíos de la salud pública; el arbitrio de la política en el reparto de la justicia

social y su correlato legal; los conflictos y la articulación entre las técnicas y los progresos científicos y el derecho sanitario.

- La bioética cultural. Se orientan al esfuerzo sistemático de relacionar los dilemas de la bioética con el contexto histórico, ideológico, cultura] y social en el que se han expresado. Es el caso del aborto, cuya irracionalidad era de reconocimiento generalizado en la ética médica occidental, y que tuvo su primer apoyo social en la California liberal de los años setenta, en el seno de una sociedad sometida a una convulsa revisión de valores. En este sentido, son evidentes las diferencias culturales que han operado en el mundo anglosajón y en el área mediterránea o centro Europa. En el mundo norteamericano es manifiesto el énfasis que se ha concedido al denominado "principio de autonomía", propio de las sociedades y de las culturas muy individualistas --políticamente liberales-- frente al esfuerzo de solidaridad en la distribución de los recursos en el área de la salud pública que ha prevalecido en las naciones europeas.^{35/}

En el caso de la gestación subrogada las áreas con mayor relación son los siguientes: la bioética clínica, la bioética orientada a decisiones de salud pública y al debate con la justicia y las bioéticas culturales, en el primer caso por el uso de métodos de fecundación asistida y los problemas que se puedan presentar durante el embarazo, el parto y el puerperio; en el segundo, por los dilemas que se pudieran presentar en materia de filiación; y en el tercero, por las eventual intervención de múltiples nacionalidades y por lo tanto diferentes tradiciones bioéticas.

Teorías éticas

De acuerdo con León Correa (1992) aunque los dilemas bioéticos se sitúan en la realidad cotidiana las teorías éticas siempre permean las discusiones y las soluciones que se propone para resolver los problemas prácticos. Distingue cuatro teorías principales:

- Ética ontologista. Sostiene la existencia de una moral objetiva, una bondad y una malicia intrínseca; es decir, que hay actos siempre y en sí mismos aceptables y otros, al contrario, condenables, cualquiera que sea la situación. Por tanto, la rectitud moral no es subjetiva ni situacional, ni arbitrariamente fijada por el hombre o por Dios: el bien existe en las propias cosas. Existen principios que se imponen al hombre como absolutos.
- Ética utilitarista. El núcleo de la moralidad se encuentra en la maximización de la felicidad y la minimización de la miseria y del sufrimiento. Una acción es buena si tiende a este fin y mala si se aleja de él. Por tanto, la moralidad depende de las circunstancias y el fin justifica los medios. Algunos de sus seguidores toman en consideración sólo el propio interés personal como fin; otros tienen una visión más altruista, con el principio utilitarista de "el mayor bien para el mayor número de gente", de modo que se vean las ventajas e inconvenientes y se escoja la que más ventajas aporte a todas las personas implicadas en la acción

³⁵ En opinión de Manuel de Santiago, que nosotros no compartimos del todo, el gran consenso logrado por esos principios (autonomía en los EU y solidaridad en la UE) los convierte en conquistas sociales que es muy importante no someter a los vaivenes de la novedad o de las disputas políticas. En lo que si estamos plenamente de acuerdo es en el papel de la bioética para ayudar a reconocer el alma de los pueblos, contribuyendo al proceso de integración de las nuevas conquistas de la ciencia con realismo, mesura y respeto a los valores.

- El deontologismo. Se opone a las teorías anteriores. Un acto es moral, no porque sea bueno en sí o porque sea útil, sino porque es correcto. La rectitud con la que deben actuar los prestadores de servicios de salud le viene de la voluntad, pues el bien se impone como un deber, como un imperativo. Dentro de esta corriente unos siguen a Kant fijando grandes principios universales inevitables, y otros aceptan reglas aunque con excepciones en algunas circunstancias. Para otros sólo cuenta la evaluación del acto en la situación singular y única que le rodea.
- Ética personalista. Evita el utilitarismo y el deontologismo, usa la ontología pero evita sus excesos. Busca conciliar objetividad y subjetividad en una ética de los valores, algunas veces apoyándose en la metafísica del ser. Da importancia a la persona, no en oposición pero sí en preeminencia frente a una ley objetiva que se impondría desde fuera. Insiste en el valor fundamental de la vida física y los principios de totalidad, libertad, responsabilidad, sociabilidad y subsidiariedad. Esos principios dibujan una concepción personalista de la corporeidad humana.

Modelos éticos

Existen semejanzas entre algunas de estas teorías en lo que se refiere a la reflexión bioética concreta, y que los límites entre ellas no siempre son claros.

León Correa (1992) aclara que la aplicación de esas teorías da lugar a modelos éticos de referencia práctica, con muy desiguales consecuencias y jerarquía de valores a la hora de evaluar cualquiera de las cuestiones debatidas y, sobre todo, a la hora de enfrentarse con las dos cuestiones fundamentales de la bioética: el respeto a la dignidad de la vida humana y la defensa de la libertad de la persona. Distingue cuatro modelos: liberal radical, pragmático-utilitarista, sociobiológico y personalista (9).

- El modelo liberal-radical. Para este modelo la referencia última y suprema del juicio ético es la libertad: es lícito lo que es libremente querido, libremente aceptado y no daña la libertad de los demás. Así, respecto a la ingeniería genética, sostiene la "libertad de investigación": el investigador debe ser objetivo en la evaluación de los resultados y no debe tener ninguna regla ética adicional. Con respecto a la vida cotidiana justifica el aborto, la elección del sexo de los hijos, el cambio de sexo, la libre actuación en la fecundación "*in vitro*", la libertad de decidir el momento de la propia muerte, etc. León Correa critica ese modelo porque no profundiza suficientemente en la verdad de la libertad humana y en el fondo se defiende la libertad para aquellos que pueden hacerla valer, porque se trata de una libertad de los vínculos y no de una libertad para un proyecto de vida y de sociedad que se justifique por su finalidad, porque a final de cuentas se trata de una libertad sin responsabilidad. El crítico sostiene que "*desde un punto de vista estrictamente ético, en la jerarquía de los valores, la vida antecede a la libertad: todo acto libre, lo es de un hombre que actúa libremente. Sin vida humana, no es posible ser libre*".
- El modelo pragmático-utilitarista. En el terreno de la bioética, este modelo se basa en la teoría de la praxis y una justificación del utilitarismo social. Es una posición bastante difundida en algunos centros y comités de bioética. Postula que el entendimiento humano no puede llegar a alcanzar ninguna verdad de tipo absoluto y, por tanto, tampoco puede definirse una moral válida para todos y para todos los tiempos. Es necesario recurrir a una

moral “comedida”, pragmática: la moral del cálculo de la utilidad evaluable, de la relación entre costo y beneficio. Ese cálculo, imprescindible en cualquier intervención médica, por ejemplo, se aplica también entre el valor de la vida humana y los valores económicos, sociales o simplemente de progreso científico, de forma que se puede llegar a un utilitarismo extremo de corte pragmático. León Correa señala que el criterio de la utilidad no puede ser nunca el último en bioética: siempre se debe considerar la utilidad respecto a quién o a qué, es decir, respecto a la finalidad del propio acto médico, que es la salud de una persona enferma.

- El modelo sociobiológico. Según este modelo, la vida y la sociedad están sujetas a la evolución biológica y sociológica, y los valores morales deben también modificarse de modo evolutivo. El motor es el “egoísmo biológico” que da lugar al derecho y a la moral como expresiones culturales. Desde esta perspectiva, el único valor ético es el que permite mantener el equilibrio evolutivo del ecosistema, en continuo progreso. Todo lo que esté a favor de ese progreso, está bien, y lo que comprometa el equilibrio está mal. Es preciso, sin embargo –apunta León Correa– que el progreso haga referencia a un valor que lo haga auténtico, por el que pueda medirse. Además, el hombre está rodeado de hechos y valores que le acompañan siempre y a los que debe encontrar significado, por encima de las variaciones culturales o de costumbres: la muerte, el dolor, la verdad, la solidaridad y finalmente, su propia libertad.
- El modelo personalista. Mantiene el primado y la intangibilidad de la persona humana, la cual es considerada como valor supremo, punto de referencia, fin y no medio. Dentro de los diferentes matices del modelo, León Correa considera que la más fundamentada es la que remite la persona al ser: la persona humana “es digna” porque “es más”. Añade que sólo a partir de este fundamento es posible construir una bioética plenamente respetuosa con la dignidad última de la persona humana. Esta dignidad es la que exige el máximo respeto y una efectiva tutela, en el terreno de la bioética, desde el momento de la concepción al de la muerte natural, y siempre que se muestre necesitada de ayuda. Concluye que esa concepción responde más plenamente al propio ser del hombre, y explica mejor la relación existente entre dignidad de la persona y libertad, no como valores divergentes sino complementarios. Analizaremos más ampliamente este modelo en los capítulos posteriores.

Por su parte, Santiago (1998) establece ocho modelos de fundamentación en bioética, a los que también se refiere como marco ético o modelo filosófico.

- Principlismo (ética de los principios). Ese modelo supone que la aplicación correcta de un conjunto de principios es suficiente tanto para orientar la investigación con seres humanos como para solucionar cualquier dilema ético sin necesidad de suscribir alguna teoría ética. Los principios éticos básicos son aquellos que la tradición médica estadounidense ha considerado tradicionalmente relevantes: respeto por las personas (hoy conocido como “principio de autonomía”), beneficencia y justicia. Por “respeto a las personas” se entiende dos convicciones éticas: primero, que todos los individuos deben ser tratados como entes autónomos, y segundo, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. Por respetar la autonomía se entiende algo práctico: pasar el trámite del “consentimiento informado”. El “principio de beneficencia” es considerado una “obligación” formulada sobre la base de dos reglas: primero, no hacer daño (principio que en la actualidad se denomina de “no-maleficencia”), y segundo, maximizar los posibles beneficios

- y minimizar los posibles riesgos. El principio o de justicia esta vinculado a "la imparcialidad en la distribución de las cargas y los beneficios", por aquello de que "los iguales deben ser tratados igualmente". Cuando dos principios se hallan enfrentados en un caso clínico, se echa mano de la distinción que David Ross propuso entre deberes "Prima facie" y deberes reales o efectivos. Los cuatro principios son considerados obligatoriamente deberes *prima facie* -esto es, que si no aparecen enfrentados existe siempre la obligación de respetarlos-, pero en caso de conflicto habrá que conceder prioridad a uno de ellos sobre los demás, el cual pasaría a ser deber efectivo. En el mundo estadounidense el principio de autonomía ha sido el que más ha prevalecido para resolver conflictos.
- El utilitarismo. Deriva de la teoría consecuencialista,^{36/} la cual sostiene que en una situación dada, la acción moralmente correcta es la que produce el mejor resultado global posible, desde una perspectiva impersonal que concede igual peso a los intereses de todas las personas afectadas, en otras palabras, que la sanción moral de una acción depende de sus consecuencias buenas o malas. El cientificismo positivista, que impregna a la ciencia médica en el último siglo, al limitar el conocimiento moral a registrar los "hechos" en un contexto de realidades científico-técnicas prescindiendo de sus significados en el plano moral, ha sido fácilmente cooptado por esta filosofía utilitarista, sobre todo en términos de salud pública, donde la limitación de los recursos económicos impone a los administradores la expectativa de la elección de uno u otro destino para esos fondos. Es fácil comprender que la medida de las consecuencias, utilidad o beneficio de una determinada decisión se haya constituido en la base moral formal que determina la decisión, y que la consecuencia -por ejemplo la relación costo eficacia- determine la base moral de la política a seguir. Desprovista de una concepción moral previa de la vida y de la justicia, de una correcta idea de la persona, el utilitarismo en medicina puede conducir a graves excesos, al siempre interpretar la naturaleza humana en sentido colectivo, de manera que "ser fin en sí mismo" -axioma de las éticas contemporáneas- ya no es un atributo esencialmente inherente a las personas individuales sino a los agregados de individuos que integran los estados sociales. La fijación de prioridades en Medicina en una sociedad individualista y ultraliberal -una actividad plena de sentido ético- podría quedar reducida, en el espíritu del utilitarismo, a mera racionalización estratégica.
 - Ética deontológica o kantiana. Esta teoría se opone al utilitarismo. hace énfasis sobre la condición inviolable de la persona humana, a la que siempre habrá que considerar fin de sí misma y nunca jamás como medio. Esta condición fundamenta su derecho inalienable a no ser tratada de cierta forma por otros -por ejemplo, por los médicos o los investigadores- e impone la prohibición estricta de tratarla de esa forma. Surgen así los derechos fundamentales de los individuos, y para los profesionales de la salud la cuestión de sus deberes y obligaciones básicas respecto de los enfermos. Por lo tanto, desde esta perspectiva, determinados beneficios para una comunidad deben ceder ante los inalienables derechos individuales de algunos de los miembros de esa comunidad. Exponer la vida de un paciente sin su consentimiento expreso, para experimentar un fármaco que se prevé que puede salvar la vida de muchos, es profundamente inmoral desde esta ética deontológica. Es obvio que esta defensa del interés particular, individual y personal, sobre los intereses colectivos representa un indudable progreso moral. El interés del modelo

³⁶ El consecuencialismo aparece como una alternativa a la moral, pues su propósito es integrar la moralidad en una teoría general de la racionalidad práctica, equivale, en realidad, reducir la moralidad a mera prudencia.

deontológico sigue vigente, aunque exige un esfuerzo por parte de los médicos para poner al día los códigos. En el mundo de la Medicina la idea de los "deberes" médicos cristalizó en los Códigos deontológicos, que mantienen su validez si son objetivamente sometidos a las oportunas revisiones.

- Paradigma moral dialógico. Se inspira en Kant y surge como reacción al subjetivismo radical existencialista y contra el emotivismo, doctrinas que niegan la esencia y la existencia de cualquier verdad moral. Sus máximos exponentes (Apel y Habermas), retornan al reconocimiento de la validez y por tanto de la obligación de "lo bueno" como principio de lo que "debe ser". En el ámbito práctico sostienen que es posible, desde la razón, un conocimiento inter-subjetivo de las normas más correctas. Como otras éticas modernas se trata de una ética formal, es decir, no viene a proponer normas de conducta o valores morales concretos sino principios procedimentales, un método a través del cual elegir las normas a fin de que éstas sean racionales y correctas. El procedimiento formal es el *diálogo entre los afectados* por una norma, en el que se parte ya de unos supuestos (que éste se produzca en un clima de verdad, que el discurso sea inteligible por ambos, correcto, orientado al acuerdo, etc.), es decir, en una situación ideal de diálogo. Como puede verse, tampoco el contenido u objeto de las acciones médicas determina su corrección moral, sino que la moralidad del acto se hace depositar sobre el procedimiento de la comunicación. En suma, adquirirían básicamente la condición de correctas sólo aquellas normas que todos los hombres pudieran admitir. En el mundo médico, la repercusión de estos planteamientos éticos es indudable, pues proyecta la imagen deseable del médico: atento, buen informador, dialogante y tolerante, virtudes que son muy apreciadas por los pacientes. La ética de la comunicación puede servir de base a un exigible diálogo en las sociedades democráticas acerca de los deberes mínimos que habrían de ser obligatorios para todos, para defender, en el contexto del pluralismo moral de la sociedad, unos mínimos, unas normas éticas que todos deberíamos respetar.^{37/}
- Paradigma moral neo-contractualista. También se inspira en Kant. Sostiene que tanto la corrección o eticidad de las normas como su justificación racional no se basan en verdades morales inmutables y universales, sino que la rectitud y la racionalidad de las normas depende de si pueden llegar a ser consensuadas o acordadas –contractualizadas– por medio de procesos argumentativos. La racionalidad o la justificación de unos principios o de una norma de justicia emanaría exclusivamente del procedimiento de su elección, y no de la coincidencia mayor o menor respecto de una "verdad" moral previa al procedimiento o al acuerdo. Los interlocutores desear ser imparciales, configurar una posición simétrica y abocar a un acuerdo entre individuos iguales, autónomos y libres. En el modelo propugnado con Engelhardt la única fórmula que asegura *el contrato* es la idea de vaciar de contenidos morales a la ética, a fin de asegurar entre médico y enfermo o en la política sanitaria la lógica de una negociación pacífica y civil.

³⁷ En Francia el "Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud" ha integrado la ética dialógica de origen alemán con el personalismo francés y especialmente con la denominada "filosofía de la reciprocidad de las conciencias" (Nédoncelle, Ricoeur, Lévinas), lo cual ha permitido por vía de diálogo racional la afirmación de que el embrión humano o feto "es una persona humana..... desde el inicio, y que por tanto, debe ser tratado con respeto y no como mero material de laboratorio o de comercio.....". El "Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina" (1996) del Consejo de Europa y el protocolo adicional sobre prohibición de clonar seres humanos (1997) de la Unesco, son ejemplos de este modelo.

- El enfoque casuista. Sostiene que el procedimiento tradicional de la ética médica ha sido siempre la discusión de los casos o de los dilemas concretos a la luz de unos mismos principios. Por esta razón histórica rechaza cualquier intento de elaborar una teoría ética de carácter universal y con pretensiones de valor absoluto, la cual es considerada como irreal. Argumentan que en Ética el procedimiento no debe partir nunca de los principios sino de las situaciones individuales. El resultado son juicios morales que sólo aspiran a ser probables. Cuando la tradición moral de una profesión genera acuerdos masivos de conducta suelen cristalizar "máximas" morales que todos sus agentes respetan y que tienen un indudable valor moral. Estamos aquí ante la recuperación de la vieja *sabiduría* de las profesiones vinculadas a responsabilidades entre personas directamente vinculadas por una decisión moral o norma. El planteamiento casuista, aunque de formulación laxa, no deja de contener una profunda realidad moral, que de alguna forma hace emerger un cierto celo de la conciencia médica, de una "sabiduría" por encima de la retórica, los conceptos y las formulaciones *a priori*. Es un proceder muy extendido en el ámbito estadounidense y, por extensión, en muchos lugares del mundo.
- El enfoque clínico. Es un modelo de racionalidad ética también generado en el seno del mundo médico estadounidense, cuya fundamentación no sigue el modelo de los principios **ni** tampoco las éticas de la virtud. Su inspiración proviene directamente de la medicina y más concretamente de la clínica. En su formulación juega un papel importante la historia clínica del paciente, a la que algunos convierten, de modo práctico, en el punto de partida para el proceso racional de toma de decisiones: los datos médicos se convierten en una regla moral. En estos procedimientos de análisis de la relación médico-enfermo, los autores intentan armonizar los "hechos" objetivos (la enfermedad, el criterio terapéutico más científico, la condición social del enfermo, etc.) y los "valores" en juego, tanto del enfermo, como de su familia y el médico. El procedimiento aboca finalmente a una racionalización de las decisiones y ordena, con arreglo a criterios prácticos, los valores a respetar.
- El sociobiologismo. Propugna una ética basada en el evolucionismo. Este planteamiento lleva a considerar como éticamente correcto aquello que favorece biológicamente a la evolución de la especie. Desde esta visión, el individuo puede ser sacrificado en aras del conjunto biológico. El ethos de una sociedad es un problema de genes y un producto de la selección natural. Según esta teoría, en el cosmos hay varias formas de vida que están en evolución y dentro de ellas se encuentra la sociedad humana. Los valores de la sociedad no solo registran una lectura historicista, sino biológica, que se expresaría mediante genes regidos por la lógica del "gen egoísta". En efecto, el género humano -el homo sapiens sapiens- al ser susceptible de ser explicado de modo natural y físico-químico, en la medida en que evoluciona, crea -por decir así: inventa- la socialización del hombre, la cultura, la técnica, incluso a Dios. En el concepto sociobiologista de Dworkin, Dios es una respuesta tranquilizadora de los genes humanos para responder a preguntas que no se podían de otro modo explicar, como la realidad del sol, el rayo, el trueno o la existencia después de la muerte. El hombre sería una máquina programada para experimentar amor y ternura por sus hijos... y así sucesivamente. Como el óvulo humano es un simple problema de química orgánica, es obvio que cabe experimentar con él discrecionalmente, ya para curar en el futuro las enfermedades hereditarias o para modificar a voluntad, si se desea, los genes del comportamiento. Peter Singer propugna que debería estar permitido acabar con la vida de los niños malformados, incluso después de nacer. El campo de la eugenesia se abre a esta ideología como su inevitable correlato, puesto que el hombre para esta mentalidad radical y

materialista no posee dignidad, sino, a lo sumo, valor. El derecho supremo es una determinada interpretación de la evolución.

La gran pregunta en el mundo de la bioética es qué visión o teoría moral puede ofrecer mayor fundamento para responder al reto de los grandes dilemas que emergen en el campo de las ciencias de la vida y la salud. La bioética aspira a una base de acuerdo común que permita abarcar diferentes ideologías y religiones y estar al alcance de todas, apuesta a todas luces irrealidad. Frente a esas circunstancias la misión es la búsqueda de acuerdos, de preferencia altamente consensuados, para servir de guía a los legisladores.

1.3. EL MODELO PERSONALISTA

En el contexto de crisis de credibilidad en el que se desenvuelve la sociedad actual algunos consideran que todas las posiciones bioéticas son igualmente válidas. Personalmente rechazamos esa tesis pues sin duda es menos válido todo enfoque que no respete de un modo integral la vida humana, que le quite fundamento, que la subordine a la supervivencia o mejoramiento de la especie o que la condicione a la presencia de ciertas funciones operativas como la racionalidad, la voluntad y la perceptividad. En el panorama bioético actual consideramos que la concepción personalista es la más fundamentada porque al remitir al ser resulta la más respetuosa de la vida y la dignidad.

El personalismo es una perspectiva filosófica que respeta la vida humana de modo integral. «La fundamentación personalista propone, en bioética, el deber del respeto de la vida humana en todas sus manifestaciones, desde el momento de la concepción (la fecundación) hasta el último instante (la muerte cerebral total)».^{38/} Dicho de otro modo, el personalismo es un movimiento de pensamiento y acción que reafirma el primado de la persona humana sobre todas las cosas, (las necesidades materiales y los mecanismos colectivos que sustentan su desarrollo); o sea, la persona humana es la único que vale en sí misma y por sí misma y no en razón de otra cosa; es el único ser visible que no pertenece a la categoría de los bienes útiles o instrumentales, nunca puede ser tratada como simple medio. Se puede afirmar, que es, en el momento actual, la filosofía que más esperanza ofrece a los hombres.

La concepción ontológica de la persona es lo que distingue al personalismo de todas las demás concepciones existentes en Bioética. Justifica la identificación entre ser humano y persona. El personalismo ontológico reconoce que todos los seres humanos son personas: el cigoto, el embrión, el feto, el recién nacido, el niño, en cuanto poseen potencialmente todos los elementos para desarrollarse y conducirlos a la actuación completa de persona, pero también lo son: los ancianos, los disminuidos físicamente, los dementes, los enfermos en coma, los pacientes terminales, en cuanto son seres humanos aunque no puedan ejercitar algunas funciones.

La dignidad humana debe ser tutelada siempre, desde el inicio de la vida hasta su último instante. Esta es la posición de la bioética personalista, según la cual la realidad de la persona humana es el punto de referencia moral inmediato. Esta concepción ontológica personalista es relevante, porque a través de ella se justifican los principios fundamentales de la bioética personalista: defensa de la vida física (el valor fundamental de la vida); el principio de totalidad o principio terapéutico; el principio de libertad y responsabilidad; el principio de sociabilidad y de subsidiaridad. Más adelante abordaremos con detalle dichos principios.

³⁸ Sgrechia Elio, Manual de Bioética, 1994

2.3.1. Fundamentos del enfoque personalista

La ética personalista toma sus bases de la tradición clásica de los grandes filósofos griegos (ética de la virtud), de ahí que algunos la llamen ética latina. Sus proponentes la presentan no como una ética más, secular y civil, sino como una alternativa a todas las tendencias contemporáneas. El paradigma personalista se asiste de una *meta-bioética* que va más allá de ser una mera respuesta a una comunidad moral concreta y, por tanto, se estima válida para médicos, profesionales de la salud y hombres de ciencias en cualquier ámbito de la tierra. Y esta validez deriva de que responde a los interrogantes más profundos de la vida humana expresados por Kant. Sostiene dos argumentos centrales, en primer lugar, una concepción integral del hombre como *imago Dei* y, en segundo lugar, su fe en la razón humana a la que entiende capaz de llegar a la verdad moral.

En México existía, hasta hace algunas décadas, una larga tradición ética basada en la tradición clásica, sin embargo ahora conviven varios modelos, entre los cuales el anglosajón (esencialmente principialista) gana cada vez más terreno.

La ética personalista busca sistematizar el análisis de los valores y postulados fundamentales en juego y construir una ética personal. Esos principios o valores fundamentales son:

- el respeto a la persona humana,³⁹ y
- el respeto y promoción de la vida humana en sí misma.

En ese contexto la bioética sería "la búsqueda del conjunto de exigencias del respeto y de la promoción de la vida humana y de la persona en el sector biomédico".

El verdadero fundamento de la ética va más allá de la mejor forma de construir la imparcialidad en las decisiones de justicia y que éste se debe centrar antes en la persona. La bioética de base personalista se define por concebir las decisiones éticas de la razón práctica sobre la base primordial del respeto a la persona, del respeto profundo a su identidad personal, que es, en definitiva, el núcleo de su dignidad.

De acuerdo con Santiago (1998), el trasfondo filosófico y cultural que subyace en su origen y por tanto en la formación del juicio moral personalista queda plasmado en algunos rasgos fundamentales:

- el concepto de persona como fundamento racional de la ética; y
- la benevolencia en el origen de la amistad médica;
- una moderna ética de bienes;
- el bien del enfermo
- la autonomía en la bioética personalista; y
- la vocación a la virtud.

De acuerdo con León (1999), la cuestión principal y radical a la hora de establecer una base sólida de las normas éticas para el desarrollo de la investigación científica y de los cuidados de la salud, consiste en fundamentar y ahondar en el sentido de la dignidad, pieza clave para examinar los diferentes sistemas filosóficos y valorar sus resultados.

³⁹ De ahí el deber de proteger a las personas concretas.

2.3.2. Dignidad y persona

La idea de persona es condición fundacional de la ética y, por añadido, de la bioética. Para establecer el concepto de dignidad deberemos entender primero qué se entiende por persona y, en qué consiste su dignidad, algo que nos permitirá acceder al concepto de benevolencia, una forma suprema de amor de amistad que también configura el acto médico personalista.

La dignidad del hombre se funda en el hecho de que éste es persona, realidad sobresaliente,⁴⁰/ entendimiento y voluntad, autoconciencia de sí y autodeterminación de sí. La palabra dignidad también significa preminencia, excelencia. Digno es aquello que debe ser tratado con respeto, es decir, con miramiento, por su intrínseco valor, por su valor propio.

Hoy prácticamente nadie se niega a reconocer que todo hombre es persona. Sin embargo no siempre ha sido así. En la historia se ha discutido si la mujer, la raza negra o los esclavos, eran personas. Se trataba de dilucidar la igualdad o desigualdad entre seres humanos. Hoy, pocos se atreven a poner en duda la “superioridad” de que todos los humanos gozamos sobre los demás seres de nuestro planeta. Sin embargo, hoy se debate si un no nacido es una persona.

En el personalismo el hombre no deja de ser hombre aunque sufra de limitaciones físicas o mentales en mayor o menor grado. Sabemos que la condición humana -y por tanto, la condición de hombre- se amplía a los fetos de cuatro o siete meses, de los que sabemos que ya poseen viabilidad, es decir, que convenientemente cuidados podrían sobrevivir fuera del claustro materno. Santiago añade que el óvulo fecundado, el cigoto, es ya la vida natural de un hombre completo (cuerpo, mente, autoconciencia) en su fase más inicial, en su momento existencial más precoz.

La ética personalista es distinta a las corrientes éticas que aseguran que no todo individuo es humano con la finalidad de establecer el fundamento racional para que la sociedad prive a ciertos ciudadanos de sus derechos como personas. En otras palabras, detrás de esta noción de persona como mera autoconciencia subyace la idea de que los seres humanos gravemente disminuidos (subnormales profundos, comatosos irreversibles, descerebrados que permanecen en estado vegetativo, etc.) y, por supuesto, los embriones y fetos, no son personas, y al no serlos la sociedad puede legislar sobre ellos y disponer de sus vidas de modo convencional. Algunos filósofos van aún más lejos al considerar que los recién nacidos tampoco son personas por carecer de autoconciencia, en consecuencia se podría disponer de sus vidas.

Un fenómeno de actualidad es hablar de los derechos humanos y la dignidad de las personas, sin embargo, en ocasiones se utilizan esos términos sin una correcta valoración del ser humano, por lo que en la práctica se niega la igualdad de derechos a grupos específicos de personas, entre otros, los no nacidos, los nacidos con alguna deficiencia notable, los enfermos que suponen una carga familiar o social, y los deficientes mentales. Otra tendencia de nuestros tiempos es la propensión a ver al ser humano, como si fuera una cosa, un objeto, un medio o un instrumento del que se puede disponer para el beneficio y progreso de la humanidad, en el marco de la investigación científica en materia de genética, fecundación y otros temas sensibles. Las consecuencias negativas de esas tendencias resaltan la necesidad de realizar análisis correctos que aseguren la protección adecuada de ese valor primordial de la dignidad humana.

⁴⁰ En la tradición clásica lo más sobresaliente que existe en el universo es el ser inteligente con entendimiento racional de ahí que una persona sea una realidad sobresaliente.

2.3.3. Autonomía

La autonomía moral es distinta tanto en las éticas modernas como en la ética personalista". De acuerdo con Santiago (2004), las éticas modernas y neo-kantianas prescinden de cualquier referencia a una ley, verdad objetiva o normativa previa al juicio de la conciencia. Se trata de una autonomía constitutiva, según la cual el agente posee competencia para conferirse a sí mismo una ley moral. El deber en este caso es el resultado de una auto-imposición del sujeto, que sin vincular su decisión a ninguna referencia normativa -la ley natural, la verdad del cuerpo, la ley de Dios, el derecho, etc.- se auto-legisla, se auto-impone aleatoriamente lo que juzga moralmente bueno, convirtiéndolo en "su deber". El juicio moral personalista, por el contrario, busca justificar el interés utilitarista de la acción -del acto médico- con la "verdad" de ese acto y su relación al "bien" integral de la persona. Es decir, el acto médico -además de ser útil y eficaz respondiendo al interés que lo promueve- debe respetar una instancia superior, universal, extra médica, de naturaleza moral, que es el "bien" de la persona, que es en suma el respeto a su dignidad entendida como su identidad más profunda.

Para los propósitos de esta investigación, la visión personalista la gestación subrogada exige un triple análisis: La dignidad de las personas involucradas, incluyendo la del no nacido, así como el significado moral o ético tanto de la totalidad de esa práctica alternativa a reproducción, como de cada uno los actos médicos involucrados

2.3.4. Crítica personalista a las éticas modernas

Desde una óptica personalista Santiago (2004) enjuicia a las "éticas modernas de inspiración neokantiana", por tres razones:

- El papel del médico deslucido papel que estas conceden médico y en general al bioeticista.⁴¹
- El contenido de las determinaciones morales
- La dicotomía entre moralidad y orden natural

La primera gran diferencia entre el bagaje doctrinal personalista y las éticas modernas es el papel menor que le conceden al médico. Las éticas modernas parten de la idea que la ética debe ser elaborada desde el punto de vista de un observador externo e imparcial, que a la manera de un juez racionaliza y juzga las acciones realizadas por los otros. Es decir, se trata de éticas elaboradas desde el punto de vista de una tercera persona, la cual, arrogándose la perspectiva mayoritaria acerca de la cuestión, puede preguntarse y contestar si las acciones realizadas por otras personas son o no lícitas. La ética moderna no se interroga acerca del modo de pensar del médico como persona individual, sus valores, sus creencias, su modelo de vida o su idea acerca de su propia felicidad personal. Ese es su problema, y como tal debe decidirlo en libertad. Subyace de fondo una concepción o una definición de la ética orientada básicamente a fundamentar unas reglas para la convivencia civil, según las cuales el hombre -como individuo libre y sujeto de deseos e intereses - puede y debe conducir su vida y sus propias necesidades sin dañar a otros hombres o -como

⁴¹ En las éticas modernas, subyace una concepción de la ética que dista mucho ver con buenos ojos el punto de vista personal del médico, sus valores, o el telos histórico en el que cristalizó la sabiduría médica, en suma, sus preferencias morales. Es más, si éstas están en oposición con las demandas de la sociedad, el médico puede llegar a ser mal visto e incluso considerado como una persona "antigua" o retrógrada. El mundo médico ha sido hasta ahora incapaz de percibir el lento proceso de disolución de su deontologismo en el teórico deontologismo social, y la coacción moral que la sociedad o la estructura política puede llegar a ejercer sobre ellos, sobre todo a título personal.

mantiene el utilitarismo- perjudicando a unos pocos sólo, en la medida estrictamente necesaria para obtener una situación social mejor para la mayoría. Lo que cada uno haga o piense allá él, en tanto que la ética sea concebida como un proceder para delimitar las fronteras fuera de las cuales la actividad deja de ser privada. En suma, desde la perspectiva de la ética moderna la única virtud importante a los efectos prácticos estriba en la disposición a acatar las reglas sociales vigentes, deontológicamente concebidas (por ejemplo, al modo del *observador imparcial* de Rawls) o de un modo consecuencialista o utilitarista, cuyo fin a la postre no es tanto contribuir a la felicidad del hombre cuanto a limitar las consecuencias negativas de la condición humana- como mantenía Hobbes. La idea del "mérito", de la superioridad moral de una concepción sobre otra, queda asumida por lo individual y por debajo de lo más mediocre si no representa una demanda o un interés colectivo. Las sociedades democráticas y liberales frecuentemente se convierten en autoritarias e intolerantes con los profesionales que rechazan determinadas prácticas, que estiman inmorales. El médico deja de tener *deberes* para pasar a tener obligaciones ante la sociedad.

Para Santiago (2004) la segunda gran diferencia entre el bagaje doctrinal personalista y las éticas modernas, a los efectos de la formulación ética, estriba en sus contenidos, esto es, en las determinaciones morales. En la medida en que estas determinaciones son más explícitas, más confrontan la realidad de las tradiciones y creencias de los pueblos, e inevitablemente hacen más rápidamente aflorar los desacuerdos en los individuos y en la sociedad. Desaparece lo que se denomina el "objeto" moral. La fórmula operativo consagrada y aparentemente intocable, a falta de fe real en el debate de la razón, es el carácter meramente formal de las proposiciones morales en las éticas modernas. Es decir, en las éticas contemporáneas nunca se proponen normas de conducta concretas, valores morales, modelos de felicidad etc., sino meros principios procedimentales a través de los cuales los individuos, las personas, pueden elegir las normas que estimen racionales y concretas. El mayor grado de aceptación y por tanto de implantación se consigue así, como quería Kant, tras hacer abstracción de los contenidos morales o de los valores dependientes de situaciones concretas. El principio, la máxima o el criterio de moralidad, queda en un simple enunciado ("haz el bien", "no hagas el mal", etc.) que prejuzga sólo un juicio de intenciones. En el mundo médico esto se traduce prácticamente por un "haga cada cual lo que quiera"; y en el plano doctrinal por la más amplia y generalizada capacidad de aceptar las posiciones más encontradas y por un deslizamiento institucional hacia una dimensión epistemológica de la ética médica, esto es, lo que científicamente es útil es normalmente bueno. La mayor parte de estas éticas modernas se nutren de un cierto paradigma moral existencialista, de un subjetivismo radical que interpreta al hombre como pura libertad, incondicionado, como un ser que crea sus valores, su esencia y que, en fin, es incapaz de legitimar su propia conducta en ningún modelo de valores o referencia normativa que esté allende él y su conciencia; no hay verdades morales, no hay "esencia" o "naturaleza" humana, no hay valores universales, sólo libertad y libertad, y más libertad.

La tercera gran diferencia entre la ética personalista y las otras corrientes éticas modernas, nos dice Santiago, es un redivivo dualismo, una dicotomía entre moralidad y orden natural. Lo moral, lo ético, se vincula con lo personal, lo que de suyo es correcto; pero lo que no es correcto es identificar lo personal con una libertad opuesta a la "naturaleza", concepto al que se excluye del debate moral. Para Engelhardt, lo que distingue a las personas es su capacidad de tener conciencia de sí mismas, de ser racionales y de preocuparse por ser alabadas o censuradas. Para él no todos los seres humanos son personas, pues no todos son autorreflexivos y racionales y por esta razón no tiene sentido hablar de respeto por la autonomía de los fetos, de los niños o de los retrasados mentales profundos, que nunca fueron racionales. Para ese filósofo lo que nos hace agentes morales, sostiene, es nuestra condición de persona y no la pertenencia a la especie *homo sapiens*.

Para Gamboa (2006) el paradigma principialista se resume en la formulación de los principios de autonomía, de beneficencia, de no maleficencia y de justicia. Y aunque es indudable que estos principios contienen elementos válidos, su mutua articulación no guarda la coherencia antropológica que es necesaria cuando de personas se habla, y no aclaran qué se debe entender, por ejemplo, por el bien de la persona y por la autonomía del individuo. Además, tales principios se interpretan a la luz de dos teorías que poco pueden tener de coincidente: el utilitarismo y la deontología.

Añade Gamboa que el principialismo carece de una antropología fundante; los principios sostenidos por él están indeterminados, y esto lleva necesariamente al relativismo ético; no hay una jerarquía entre los cuatro principios. Sin una antropología que corresponda a la realidad de persona humana no puede haber una verdadera Ética y, como consecuencia, tampoco una Bioética verdadera. Por el contrario, la bioética con enfoque personalista se apoya en la realidad del ser personal, en su dignidad propia e inalienable, en el estatuto objetivo y existencial (ontológico) de la persona, en su unitotalidad de cuerpo y espíritu. Este personalismo está muy lejos de poderse confundir con el individualismo subjetivista –al que podría parecerse– que subraya, casi como constitutivo único de la persona, la capacidad de autodecisión y de elección. Gamboa señala que la bioética personalista habla también de principios, pero los toma en su genuina acepción, y no los considera exentos, sino íntimamente ligados a la realidad del ser personal y a su correspondiente dignidad. Estos principios muestran su alcance en la reflexión sobre los diversos casos de la biomedicina y en el estudio de los principales momentos éticos, vinculados con la práctica biomédica, incluida la cirugía pediátrica.

2.3.5. Los principios de la bioética personalista ^{42/}

De acuerdo con Sgreccia (1996) los cuatro principios básicos para la bioética personalista son los siguientes:

- Defensa de la vida física, principio según el cual la vida humana es inviolable, ya que nadie puede ejercer su libertad -o autonomía-, si antes no tiene vida: como el obrar sigue al ser, si no hay vida, no hay libertad.^{43/} El respeto de la vida así como su defensa y promoción, representa el primer imperativo ético del hombre para consigo mismo y para con los demás. Las cartas de los derechos internacionales que se ocupan de los derechos humanos sitúan en primer plano la vida y su inviolabilidad. La obligación ética de respetar, defender y promover la vida tiene una validez racional y universal propia. La declaración universal de los derechos humanos, aprobada y promulgada por las naciones unidas el 10 de diciembre de 1948, afirma en el artículo 3 que todo individuo tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

- Totalidad o Terapéutico, según este principio sólo es lícito intervenir en una parte del cuerpo cuando no hay otra forma de sanar la totalidad de ese cuerpo.^{44/} Este principio básico de la ética médica se funda en el hecho que la corporeidad humana es un todo

⁴² Extracto de artículo “Bioética: una cuestión de principios” de Álvaro Fernández, sin fecha disponible en: <http://www.autorescatolicos.org/alvarofernandezbioetica.pdf>

⁴³ Por ese principio un embrión, cualquiera sea su estado, es libre desde que tiene vida, es decir, desde el instante en que se produce la concepción de un nuevo ser humano.

⁴⁴ Por ese principio sólo se podría esterilizar a una persona si tiene, por ejemplo, un cáncer de ovario, pero jamás pueden mutilarse los órganos sexuales de una mujer, por el mero riesgo que pueda implicar para ella un embarazo futuro.

unitario resultante de partes distintas, unificadas entre sí orgánica y jerárquicamente por la existencia única y personal. El principio de inviolabilidad de la vida (principio fundamental) no desdice, mas bien aplica cuando, para salvar al todo y la vida misma del sujeto, se debe intervenir incluso mutilando una parte del organismo. En el fondo, este principio rige toda la licitud y obligatoriedad de la terapia medico quirúrgica. Es por esta razón por la que el principio se conoce también como *principio terapéutico*.

- Libertad y responsabilidad, principio según el cual el límite de la libertad humana es la responsabilidad.^{45/} Antes que el derecho a la libertad, está el derecho a la defensa de la vida, en otras palabras, la libertad debe hacerse cargo responsablemente ante todo de la vida propia y ajena. La vida es la condición indispensable para que todos y cada uno de nosotros podamos ejercer la libertad. Este principio sanciona la obligación moral que el paciente tiene de colaborar en los cuidados ordinarios y necesarios para salvaguardar la vida y la salud propia y la ajena.
- Sociabilidad y subsidiariedad, principio según el cual la persona está inserta en una sociedad que debe tender al bien común: cada hombre es responsable de su salud y de la salud de los demás; complementariamente, todo el bien que puede hacer la persona por sí misma debe ser respetado, así como todo el bien que pueden hacer las personas asociadas -en familia o en las libres asociaciones- debe ser respetado también. El principio de sociabilidad compromete ante todas y cada una de las personas en su propia realización al participar en la realización del bien de sus semejantes. En el caso de la promoción de la vida y la salud, implica que todos los ciudadanos se ha comprometer a considerar su propia vida y la de los demás como un bien no sólo personal, sino también social, y compromete a la comunidad a promover la vida y la salud de todos y cada uno. La misma situación demuestra que la vida y la salud de cada uno dependen también de la ayuda de los demás. El principio de sociabilidad puede llegar a justificar la donación de órgano y tejidos aunque ello implique alguna mutilación en el donador. También puede hacer surgir obras asistenciales (hospitales, asilos, orfanatos, leprosorios, etc.) la comunidad debe ayudar donde mayor es la necesidad, cuidar más a quien más está necesitado.

Los principios de la bioética personalista derivan y deben encuadrarse siempre en los principios éticos universales, vigentes para todo el mundo, imperativos (que no admiten dispensa) e inmutables (que no cambian con las circunstancias de tiempo y lugar) y que son los siguientes (Scala 2002):

- Hacer el bien y evitar el mal.
- No hacer a otros lo que no queremos que nos hagan a nosotros.
- No dañar injustamente a nadie.
- Dar a cada quien lo suyo.

De estos principios generales y absolutos, pues no admiten excepciones, se derivan otros principios, que sirven para regular determinados aspectos particulares de la intervención humana con relación en la vida. Esos principios derivados son los siguientes:

- Inviolabilidad de la vida humana. Coincide con el primer principio de la bioética personalista.

⁴⁵ Ante un caso de embarazo adolescente, los que no supieron utilizar su libertad deben asumir la responsabilidad por la nueva vida concebida: no cabe en este caso el recurso al aborto argumentando una presunta "libertad" o autonomía.

- Inviolabilidad de la integridad y la salud corporal. De este podrían depender
 - el principio de totalidad propuesto por la bioética personalista,
 - el principio de las acciones de doble efecto,^{46/} y
 - el principio de caridad.^{47/}

- Respeto a la naturaleza del matrimonio y la sexualidad humana. Según este principio la procreación debe ser el fruto del amor de los cónyuges. Este amor debe asumirse como un compromiso para toda la vida, debe respetar simultáneamente los fines unitivo y procreativo del matrimonio, y debe tener en cuenta que los hijos tienen derecho a nacer dentro de una familia integrada por un padre y una madre. La armonía familiar, el esfuerzo por sacar la familia adelante, es también un deber ético de los padres, que se ordena a la formación integral de los hijos.

De acuerdo con la doctrina sobre la moralidad de los actos humanos ésta se mide por tres elementos:

- La acción en sí. Es el proceso concreto que se realiza. Hay acciones neutras, buenas y malas.

- El objeto o fin del acto. Es la intención con que actúa una persona. Es muy importante porque puede cambiar la naturaleza del acto de bueno a malo; sin embargo, el fin nunca puede cambiar la naturaleza del acto de malo a bueno: el fin jamás justifica los medios.^{48/}

- Las circunstancias del acto. Son elementos accidentales que inciden de modo secundario en la moralidad de los actos humanos. Las circunstancias también pueden modificar la naturaleza del acto de bueno a malo, pero jamás de malo a bueno.

Para que una acción sea buena, deben ser buenos el objeto, el fin y las circunstancias. Si alguno de estos elementos es malo, el acto es malo.

Los principios formales funcionan como grandes puntos de referencia para una variedad infinita de decisiones.^{49/} Sin embargo, hay que tener en cuenta que nunca se pueden aplicar en contradicción al código de contenido concreto y que nunca se puede aplicar uno de ellos en contradicción a otro.

Dichos principios son los siguientes

1. Sindéresis. Hacer el bien y evitar el mal
2. Integridad. El fin no justifica los medios
3. Proporcionalidad. No realizar bienes con efectos desproporcionadamente malos
4. Antrópico. Es legítimo todo lo que contribuye al bien auténtico de la persona.
5. Universalidad. Hay algunos valores que son universales sin restricción.
6. Virtud. El bien posible es obligatorio; actuar como cualquier otro pudiera hacerlo válidamente en mi lugar).
7. Indisponibilidad. Hay que tratar a las personas como fines y nunca como medios.

⁴⁶ Por ejemplo, la aplicación de un sedante potente suministrado a un enfermo terminal puede tener el segundo efecto de acortarle la vida.

⁴⁷ Por este principio es correcto que una persona viva pueda ser un donante, por ejemplo, puede donar un riñón.

⁴⁸ En consecuencia, no es lícito aplicar la eutanasia "por caridad", ni fabricar artificialmente un hijo cuando no es posible concebirlo naturalmente.

⁴⁹ Comunicación personal del Dr. José Antonio Moreno Sánchez.

8. Imparcialidad: El bien no es mayor porque yo lo haga, ni el mal mayor porque lo sufra
9. No permisividad. Es malo prohibir lo bueno y es bueno prohibir lo malo
10. No restricción por negativo. Una norma formulada en negativo no tiene menor valor (sino mayor claridad) que en positivo.
11. Bien común. Es preferible el bien de muchos al bien de una sola persona cuando son bienes del mismo nivel. No es un cálculo de cantidad sino de calidad del bien que se pone a disposición de pocos o muchos

Los principios en la perplejidad son dos:

- mal menor; es lícito no impedir un mal en atención a un bien superior o para evitar desórdenes más graves, y
- doble efecto; es lícito realizar una acción buena en sí que tiene doble efecto si el efecto bueno es inmediato, el fin del agente es honesto y la causa proporcionada para permitir el mal efecto.

Los bienes superiores en la toma de decisiones medicas son los siguientes: dignidad humana (bien supremo); vida; bienestar (salud factible bio-psico-social); funcionalidad; integridad y aspecto.

Capítulo 3

DILEMAS ÉTICOS

Una vez establecido en qué consiste la gestación subrogada y el marco teórico para analizarla (capítulos 1 y 2), en este capítulo presentaremos algunos de los problemas éticos que origina esta novedosa opción de reproducción asistida. El capítulo inicia con la presentación de algunos casos relevantes observados en el ámbito internacional. Continúa con la enumeración de una serie de dilemas tanto para la mujer que presta su vientre como para los futuros padres, que aparecen a lo largo del proceso de subrogación. A la luz del enfoque kantiano se analiza el acuerdo de subrogación y para contrastar los resultados se aplica la perspectiva liberal moderna. La cuestión del status del embrión y la salud psicológica del hijo son esbozadas. Finalmente, se construyen una serie de casos, unos de la vida real y otros hipotéticos, que podrían servir de herramienta metodológica para poner a prueba la legislación en la materia.

3.1. CASOS RELEVANTES

De acuerdo con Martínez (1988) la historia de madre subrogada comienza en California en 1975, cuando un periódico local publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración. A partir de ahí se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendiente a contactar madres portadoras con parejas interesadas. Sin embargo, a la par surgieron conflictos que fueron llevados a los tribunales y desataron álgidas polémicas.⁵⁰ /

Uno de los casos más sonado fue el de “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató a Mary Whithead para gestar un niño por medio de inseminación artificial empleando semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso para la madre portadora de no crear una relación materno-filial con el niño, así como la obligación de abortar si los test de amniocentesis concluían anomalías en el feto. La contra prestación eran 10,000 dólares. El 27 de marzo se produjo el nacimiento pero la madre portadora y dueña del óvulo se negó a entregar el producto al matrimonio y procedió a reconocer a la niña como hija suya, aduciendo no poder desprenderse de ella. Y en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse de la bebe. Un juez de New Jersey entregó la custodia de la niña al matrimonio y determinó que el contrato era válido. La sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque mantuvo la custodia a favor de los Stern porque podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años la corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió el derecho de visitar a la niña cada quince días. Es un caso similar, la Corte de Casación francesa, en 1991, declaró ilícitos los contratos de gestación subrogada.

El caso de Manjhi, en la India, es también ilustrativo. Se trata de una niña que nació como resultado de la combinación del esperma de un marido japonés y el óvulo de una donante anónima implantado en el útero de una madre de alquiler de la ciudad de Anand, India. Los problemas legales surgieron cuando el marido y su esposa, que habían pagado por los servicios de la madre de alquiler, se divorciaron antes del nacimiento. El padre quería tener el niño, pero su ex esposa ya no lo quería. La ley india exige que la madre esté presente para que el niño pueda recibir un pasaporte. En el caso de Manjhi se desconocía a la madre genética, y ni la madre gestante ni la ex esposa querían asumir

⁵⁰ Vidal Martínez, Jaime (1988). Las nuevas formas de reproducción humana, Madrid, Civita, pp.188-195

la maternidad de la niña. Finalmente la niña, acompañada de su abuela paterna, logró salir del país y llegó a Osaka para encontrarse con su padre biológico. Otros ejemplos son los siguientes. En Italia en 1987 una mujer dio a luz a su hermano a solicitud de su madre que deseaba tener un hijo de su nueva pareja pero cuyo estado de salud ya no le permitía sobrellevar un embarazo. En Australia una mujer quedó embarazada tras ser inseminada con el esperma de un donador anónimo a petición de su hermano homosexual que desea criar un hijo. En Francia una hija se embarazó a pedido de la madre, pero también ocurrió que una madre se embarazó a solicitud de su hija. De los casos expuestos se concluye que las consecuencias de la gestación subrogada pueden ser inesperadas y conllevan a dilemas éticos de difícil solución.

3.2. DILEMAS GENERALES Y ESPECÍFICOS

Ya mencionamos que la gestación subrogada plantea un dilema ético general y una multitud de dilemas éticos específicos. El primero se refiere a la moral detrás de rentar o prestar el útero, los segundos se relacionan con los actos médicos que intervienen a lo largo del proceso de subrogación, entre otros, fecundación *in vitro*; trasplante, congelamiento y destrucción de embriones; el diagnóstico prenatal; la elección de sexo y el aborto.^{51/} El contrato, la filiación,^{52/} y las consecuencias psicológicas sobre los participantes, especialmente sobre el niño, también son fuentes de dilemas. En el cuadro 6 se presentan algunos ejemplos de dilemas que enfrentan los actores centrales en las diferentes etapas del proceso de subrogación.

<i>Etapas del proceso</i>	<i>Dilemas de la madre subrogada</i>	<i>Dilemas de la pareja o la persona comitente</i>
Contrato	¿Subrogación altruista o mercantil? ¿Opero por mi cuenta o a través de una agencia?	¿Subrogación altruista o mercantil? ¿Recurrimos a una desconocida, pariente o amiga? ¿Buscamos aquí o en el extranjero?
Método de reproducción asistida	¿Inseminación artificial o FIV? ¿Aporto el óvulo? ¿Aporto el óvulo? ¿Cuántos embriones acepto para implante? ¿Permito que se congelen embriones producto de mis óvulos?	¿Inseminación artificial o FIV? ¿Utilizamos material genético de la portadora o de un tercero? ¿Cuántos embriones aceptamos implantar? ¿Congelamos embriones?
Gestación	¿Interrumpo el embarazo? ¿Me cuido durante esta etapa del proceso? ¿Fumo? ¿Tomo drogas? ¿Acepto que me hagan pruebas diagnósticas?	¿En que caso aceptamos la interrupción del embarazo? ¿En que caso proponemos la interrupción del embarazo? ¿Me salgo del trato?
Parto	¿Cedo derechos en caso de complicaciones?	¿Aceptamos al niño en caso de complicaciones?
Entrega	¿Entrego al niño?	¿Queremos la entrega inmediata o después de unos días de lactancia?
Puerperio	¿Demando compensaciones por las eventuales complicaciones (daños y perjuicios)?	¿Hasta dónde estamos dispuestos a atender y ver por la mujer portadora?
Crianza	¿Busco relacionarme con el nacido? ¿Reclamo la maternidad?	¿Informamos al niño sobre su origen? ¿Aceptamos acercamiento con la madre biológica o portadora?

⁵¹ Véase Ferre, J. y Martínez de Artoia (1985). Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas. Universidad Navarra, España, 201p.

⁵² Mallma, Jose Carlos, Alquiler de vientre y sus problemas de filiación. Véase: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.shtml>, página consultada el 13 de diciembre de 2011.

En lo que sigue analizaremos los dilemas éticos más relevantes en términos de los objetivos de esta investigación.

3.3. ¿ES MORAL LA GESTACIÓN SUBROGADA?

Hemos dicho que la gestación subrogada es un contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para satisfacer un deseo ajeno, específicamente el de ser padre o madre. Si ese acuerdo de voluntades es legal o no dependerá de las normas de cada país. En los Estados Unidos ocho estados permiten los contratos de gestación, sin embargo están prohibidos en España, Francia y Holanda. En Canadá se prohíbe la forma comercial pero admite la altruista, en contraste, Bélgica, Georgia, Ucrania, Rusia e India admiten ambas formas.

Por lo general las legislaciones nacionales prohíben que el cuerpo humano sea parte de un contrato, independientemente de la naturaleza y objetivo de dicho contrato. Detrás de esa prohibición está la dignidad de las personas y la convicción moral de que el cuerpo humano no es un objeto, un bien o una mercancía que se puede comprar, vender, arrendar, transferir o ceder. En ese marco un contrato de subrogación no es un instrumento jurídico exigible en un tribunal, pues no va más allá de un simple acuerdo moral.

Al margen de su status legal cabe preguntarse si la subrogación materna es moralmente correcta. En busca de respuestas recurrimos al pensamiento de Kant por su importancia en las raíces fundacionales de la bioética.^{53/} Para ofrecer más elementos de juicio también incluiremos la visión liberal del cuerpo.

3.3.1. Análisis kantiano

En el capítulo precedente señalamos que Kant (1724-1804) es uno de los pensadores más importantes de la bioética.^{54/} Su preocupación central consiste en establecer los principios fundamentales del actuar moral, en otras palabras, establecer la existencia de una ley moral. Los escritos principales donde desarrolla sus ideas son tres: la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), la *Crítica de la razón práctica* (1788) y la *Metafísica de las costumbres* (1797).

En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* propone que la ética se basa en el deber. Argumenta que nuestra conciencia nos proclama que hay un deber, una ley que ordena lo que debe ser. Este dato de razón –innato en todo hombre– está por encima de cualquier hecho empírico. El mandato de esa ley es un imperativo categórico. Sostiene que el bien moral no depende de la confrontación de nuestras acciones con un bien supremo. La ética depende del imperativo en sí mismo, independientemente de cualquier contenido, de cualquier bien anhelado para uno mismo o para los demás. En consecuencia, la ética de Kant es formal, sin contenido material, sin ningún apoyo en lo empírico, se basa solamente en lo racional y a priori. Tal es la autonomía de la moral, depender sólo del deber. El deber es un absoluto, no depende de ningún bien. Hacer que la ética busque la felicidad, el placer, la utilidad o cualquier otro bien sería buscar algo que no es ella misma.

⁵³ Véase: Silva López, F del C. La maternidad subrogada a la luz del pensamiento de Kant, ensayo, Maestría en Bioética, Posgrado en Ciencias Médicas, Odontológicas y de la Salud, 2011. Documento disponible con el autor (francarsilop@gmail.com).

⁵⁴ El pensamiento de Kant se refleja en los principios fundamentales de la Revolución Francesa (libertad igualdad, fraternidad...), llegando hasta nuestros días en la forma de derechos universales como los plasmados en la Declaración de los Derechos Humanos.

Hacer que el deber dependa de la obtención de algún bien, por más bueno que este sea, sería hacerlo un imperativo hipotético, un imperativo relativo; en ese caso la moral sería heterónoma (*“haz esto si quieres alcanzar tal bien o ideal”*).

La condición para la moralidad es la buena voluntad (intención recta). Ella es la que hace moral los actos. Nos mueve a cumplir un imperativo categórico no para obtener una ventaja, sino para cumplir la ley, porque la moral no depende de los resultados de la acción. Ser moral es actuar con buena voluntad y recta intención. Es obedecer la ley porque se ama la ley. Por eso la moralidad no depende de los buenos sentimientos, si dependiera de ellos sería una moral interesada. El único sentimiento que cabe frente a la ley es el respeto por ella.

La buena voluntad es autónoma, ella es su propio y único fin, es un fin en sí misma. No se impone la ley moral desde afuera, ni siquiera por un Dios, ya que se le obedecería por miedo, amor o interés; y ninguno de esos sentimientos es una motivación moral; si se basa en ellos sería una ética heterónoma y no autónoma. La buena voluntad es razonable y libre; no depende de sus resultados.

La ley moral adquiere diversas formulaciones. Kant le da cinco principales:

1. *“Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne universal”*.
Es la fórmula de la ley universal. Alude a la universalización de una acción, la cual es el criterio para identificar una acción como conforme al ideal de la ley.
2. *“Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza”*.
Es la fórmula de la ley natural, derivada de la anterior.
3. *“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”*.
Es decir, la persona humana, razonable y libre es el fin y nunca un medio. Cuando alguien usa a otro como medio se degrada. Es el respeto absoluto por la persona, que es el fundamento del deber y el derecho, y se deriva de las dos fórmulas anteriores.
4. *“Obra como si fueras legislador al mismo tiempo que súbdito de la república de las voluntades libres y razonables”*. Se sigue de las reglas anteriores porque si las voluntades se tomaran a sí mismas como fines formarían un “reino de los fines” en el que todos actuaríamos responsablemente.
5. *“Obra exteriormente de tal manera que tu voluntad pueda ser acorde con la libertad de cada uno, siguiendo una ley general de libertad para todos”*.

Se sigue de las anteriores reglas y constituye el principio moral que funda y regula el derecho.

Kant reconoce que la libertad del hombre es la que posibilita el sentido del imperativo categórico y su cumplimiento.

Desde el punto de vista de la razón práctica –opuesto al de la razón teórica o metafísica– Kant establece, en la segunda obra citada, que las condiciones de la vida moral son la libertad, la

inmortalidad y Dios. Sólo si el hombre es libre puede haber acción moral y sólo se comportará moralmente si es premiado o castigado en otra vida y eso exige la existencia de un alma inmortal y la existencia de un Dios, que juzgará las acciones humanas como buenas o malas, premiándolo o castigándolo según el caso. A la parte analítica de la razón práctica le corresponde buscar esos presupuestos del actuar que señala como causa libre y obligación; a la dialéctica corresponde ponderar el valor objetivo de los mismos y les atribuye un valor solamente subjetivo. La moral basada en la razón práctica es heterónoma, es decir, no es autónoma.

Entre las principales características de la ética kantiana podemos entonces mencionar las siguientes:

- El hombre es un fin en sí mismo; nunca debe ser usado como un medio
- El ideal de la vida para el hombre es la aceptación de determinadas reglas o normas expresados en imperativos universales que se mantiene para todos los seres humanos sin excepción (imperativo categórico).
- Los imperativos morales son incondicionales, es decir, no son ni negociables ni intercambiables; también son absolutos, sin excepciones, supremos y predominan sobre otros imperativos.
- El hombre se somete a esas reglas por su propia voluntad y no por la voluntad de otro, lo hace por su capacidad de raciocinio a través de la cual llega a encontrar los principios universales (autonomía moral).

Entre las objeciones a la ética kantiana se encuentran las siguientes:

- En caso de conflicto entre dos normas universalmente validas no existe forma práctica de arbitrar o de resolverlos, por ejemplo, entre mantener una promesa y salvar una persona.
- La universalización no alcanza como criterio para definir los imperativos categóricos
- En tanto ser pensante, racional, autónomo, el hombre se da así mismo sus principios (autonomía moral), pero ¿qué pasa con dementes, niños, personas en coma?

Influencia de Kant en las corrientes bioéticas; principio de autonomía

Al pensamiento de Kant se le considera la base fundacional de la bioética y la mayoría de las corrientes de esa disciplina se consideran kantianas aunque algunas se alejen ostensiblemente del pensamiento original de ese influyente filósofo. ¿Cuál es la razón de esa divergencia?

Kant afirma, por un lado, que la humanidad es dignidad, porque el hombre no puede ser tratado, ni por otro hombre ni por sí mismo, como un simple medio; el hombre debe ser tratado siempre como un fin; en ello estriba su dignidad. Esa fórmula puede considerarse como la más lograda expresión filosófica del respeto en razón de la dignidad humana y, desde ese punto de vista, toda bioética debería ser kantiana. Por otro lado, Kant fundamenta la dignidad en la libertad entendida como autonomía, como capacidad moral de elección, como expresión de la autoconciencia. Y ello ha provocado históricamente que determinadas interpretaciones de su pensamiento, y determinadas derivaciones del mismo hayan llevado a ver la dignidad personal como necesariamente unida a la

autoconciencia y autonomía, negando, por tanto, carácter personal al resto de realidades humanas. El propio Kant dio base para ese reduccionismo al exigir la condición de *sui iuris*, esto es, poseer alguna propiedad con la cual poder mantenerse, además de no ser mujer o niño a la hora de determinar la titularidad plena de sujeto de derecho (Metafísica del derecho). La exigencia de la autosuficiencia excluye a los trabajadores por cuenta ajena de la condición de sujetos de derechos.

Aunque la vertiente bioética subjetivista o liberal radical se presenta como visión derivada de Kant, resulta infiel a la formulación del imperativo categórico. Para esa corriente el principio de libertad de elección de los adultos autónomos se considera superior a la protección de la vida de los más débiles; en otras palabras, dicha vertiente protege la libertad más que la vida; mantiene como lícito todo tipo de manipulación siempre que sea voluntaria y restringe el sentido del delito bioético; y considera atendible cualquier deseo. En esa línea liberal radical, Singer (1984), Hoerster (1989) o Engelhart (1995) consideran que los embriones, los lisiados, los deficientes mentales o los viejos no son personas, por desarrollar una capacidad emocional e intelectual menor a los perros. Singer considera lícito asesinar a los niños malformados porque serían seres humanos, pero no personas. Hoerster insiste en el nacimiento como origen del sujeto de derechos, de modo tal que encontrarse en el seno materno sería la situación más peligrosa del mundo para un niño pues podría ser lícitamente eliminado en cualquier momento. Engelhart considera que niños pequeños, embriones, fetos y retrasados mentales son propiedad de los que los han engendrado y puede disponer de ellos a su antojo. Es claro que esas corrientes están bien alejadas del imperativo categórico de Kant.

La influencia de Kant ha sido decisiva en la formulación de los principios de la bioética, especialmente en el principio de "autonomía". Dicho concepto da a entender la capacidad del sujeto de gobernarse por una norma que él mismo acepta como tal sin coerción externa. Pero esa auto legislación no es intimista sino todo lo contrario. Una norma exclusivamente individual sería lo opuesto a una verdadera norma y pasaría a ser una "inmoralidad". Lo que vale según Kant y según la mayoría de los sistemas éticos deontológicos,^{55/} es la norma universalmente válida, cuya imperatividad no es impuesta desde ningún poder heterónomo sino porque la razón humana la percibe como cierta y la voluntad la acepta por el peso de su misma evidencia. Esta capacidad de optar por aquellas normas y valores que el ser humano estima como válidas es formulada a partir de Kant como autonomía. Esta aptitud esencial del ser humano es la raíz del derecho a ser respetado en las decisiones que una persona toma sobre sí misma sin perjudicar a otros.^{56/}

Stuart Mill, como representante de la otra gran corriente ética, el utilitarismo, considera a la autonomía como ausencia de coerción sobre la capacidad de acción y pensamiento del individuo. A Mill lo que le interesa es que el sujeto pueda hacer lo que desea, sin impedimentos. Su planteo insiste más en lo que de individual tiene la autonomía, que en su universalidad, aspecto que es fundamental en Kant.

⁵⁵ En la filosofía moral se pueden distinguir dos corrientes: de un lado los consecuencialistas para quienes la correcta acción moral está determinada por la producción de buenas consecuencias (Hume, Bentham/Mill: el criterio moral del mayor bien para el mayor número). Por otro lado encontramos a los deontologistas para quienes los conceptos de obligación y de justicia son independientes de la felicidad o del bien que se logre y toda la acción moral depende de la buena voluntad (imparcialidad y universalidad del principio desde el cual se juzga). El principal defensor de esta tesis es Kant. Los cuatro principios de la bioética principialista (Beauchamps et Chirdress) pueden ser defendidos tanto desde posiciones consecuencialistas como deontologistas, pero hay que tener en cuenta que dichos principios no están enmarcados en una teoría moral, sino en un esquema de análisis que en principio permite seleccionar, ante una situación concreta, los elementos más pertinentes para encontrar un criterio o resolver una dificultad práctica.

⁵⁶ Carrera, Juan Manuel, Concepto de autonomía, argumentos y criterios, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos16/autonomia/autonomia.shtml>, página consultada el 20 de mayo de 2011.

Ambos autores coinciden en que la autonomía tiene que ver con la capacidad del individuo de auto-determinarse, ya sea porque por propia voluntad cae en la cuenta de la ley universal (Kant), ya sea porque nada interfiere con su decisión (Mill). De lo anterior es fácil concluir que para ambos autores la autonomía del sujeto es un derecho que debe ser respetado. No respetar dicha autonomía sería utilizar a dicho sujeto como medio para otros fines; sería imponerle un curso de acción o una norma exterior que va contra la esencia más íntima del ser humano. Para Kant, se confunde y se superpone el concepto de libertad con el de ser autónomo. De la misma manera que no puede haber un auténtico ser humano si no hay libertad, tampoco puede haber ser humano donde no haya autonomía. Stuart Mill por su parte, también reivindica la importancia de la autonomía porque considera que la ausencia de coerción es la condición imprescindible para que el hombre pueda buscar su valor máximo que sería la utilidad para el mayor número.

Análisis de la gestación subrogada desde la óptica kantiana

Diego Gracia (1989:416) se pregunta si el caso de “Baby M”, el primero que llegó a los tribunales (1987), es moral o no de acuerdo al criterio kantiano. Con esa intención señala:

“Intentemos convertir con la imaginación la técnica de la inseminación artificial y el alquiler de útero en ley universal de la naturaleza. Eso llevaría a conclusiones paradójicas incompatibles con el resto de las personas consideradas como fines y su no utilización como medios. Desde este punto de vista parece, pues, que tales técnicas serían inmorales”.

“Pero el problema también puede verse desde otra perspectiva...para salvar la vida, los médicos tienen a veces que amputar un miembro; el respeto a la vida obliga al médico, pues, a actuar de una forma, que desde cualquier otro punto de vista, parecería una falta de respeto grave o un atentado contra el ser humano como fin en sí mismo. ¿Es este el caso de la fecundación artificial o de la transferencia de embriones? Pienso que Kant difícilmente lo habría aceptado así, ya que antes de poner en práctica la técnica no hay nuevo ser humano que pueda considerarse un fin en sí mismo. Parece, pues, que en puro rigor kantiano, mediante esas técnicas se trata a los seres humanos como medios, no como fines, ya que la generalización de la máxima de actuar en forma de ley general de la naturaleza resulta contradictoria; la actuación técnica se hace en vistas a un fin en sí mismo (el nuevo ser humano), que aún no está presente. Pienso que desde la metodología kantiana eso es difícilmente justificable y atenta contra el respeto debido a las personas.

“Lo dicho también puede exponerse de otro modo. Toda norma de acción es un imperativo. Pero los imperativos pueden ser de varias clases. Hay imperativos meramente hipotéticos: son aquellos que mandan hacer una cosa sólo como medio para otra. Esto pasa en todas las técnicas, razón por la cual Kant los llama imperativos de ‘habilidades’.⁵⁷ El médico se rige en el ejercicio de su arte, pues, por imperativos hipotéticos de habilidad. En sí no tienen ninguna connotación moral, de tal modo que no pueden ser considerados máximas o consejos morales, sino sólo “reglas de habilidad”. Cuando el médico cumple con esas técnicas se dice que ha actuado (técnicamente) bien, que es un buen médico...

⁵⁷ Kant dice que todas las ciencias tienen alguna parte práctica, que consiste en problemas que ponen algún fin como posible para nosotros y en imperativos que dice el como pueda conseguirse tal fin. Estos pueden llamarse, en general, imperativos de habilidad. No se trata de si el fin es racional o bueno, sino sólo de lo que hay que hacer para conseguirlo.

“Resulta, pues, que una acción médica puede ser técnicamente buena, y por tanto cumplir con el imperativo hipotético de habilidad, sin ser moralmente buena... Para que la acción sea moralmente buena ha de hallarse acorde no con el imperativo hipotético sino con el categórico. Ahora bien, en el caso concreto de la inseminación artificial y la transferencia de embriones lo que hacemos es tratar el imperativo categórico exactamente igual que el hipotético, ya que consideramos la acción como moralmente buena si es medio para el alcance de un fin bueno. Kant piensa que este es un gravísimo error. Lo que sirve en el reino de la técnica no sirve en el de la moral. Por eso tal acción debe ser considerada inmoral, aunque sea técnicamente correcta”.

Por nuestra parte, sostenemos que la gestación subrogada es totalmente contraria al pensamiento de Kant, porque se utiliza a la madre portadora como un instrumento al servicio de un tercero. Tanto la madre gestante como los solicitantes incurren en un acto inmoral kantianamente hablando.

Cuando una mujer acepta ser madre portadora a cambio de dinero su actitud es equiparable moralmente al de una prostituta.^{58/} En ambos casos alquila alguna parte del cuerpo para que un tercero satisfaga una necesidad: en el primer caso psicológica, el deseo de ser padre o madre, en el segundo caso, física, el placer corporal. Como dice Kant el ser humano no puede ser utilizado como un medio, por más bueno que sea el bien que se persigue o por más que se obtenga la aceptación voluntaria de la persona que acepta participar en el proceso. En el primer caso se alquila todo el cuerpo no sólo el útero^{59/} pues este no tiene existencia fuera de él, además de que todos sus órganos y componentes participan necesariamente en un embarazo pues el cuerpo funciona como un todo. De igual modo, en el caso de la prostitución no sólo se alquilan las partes utilizables para dar placer sexual, todo el cuerpo se pone a disposición precisamente por su unicidad.

El objetivo final de la gestación subrogada —la crianza y educación de un hijo— es un bien encomiable, pero la obtención de ese bien sólo es posible si se utiliza una persona lo cual está prohibido en la ética kantiana. Lo inmoral del acto no desaparece por el hecho de que la madre gestante acepte voluntariamente participar en los actos involucrados, es decir, sin importar que esté de acuerdo en servir como instrumento. El fin no justifica los medios. Al aceptar una persona tener un hijo por encargo de otro pierde su dignidad; lo mismo sucede con el suicida, que sirve de instrumento de su propia muerte.

La conciencia no mandata espontáneamente tener un hijo ajeno; no mandata tenerle un hijo a una pareja estéril o a otra mujer que no quiere embarazarse para no deformar su cuerpo.

Tener un hijo ajeno, por más que la técnica moderna lo permita, no es un deber universal. De manera más general no es un deber universal que una mujer tenga un hijo, ni siquiera es un deber tenerle un hijo al marido. En algunos países es una causal de divorcio la esterilidad o la negativa a tener hijos, pero no hay ninguna ley moral que obligue a una mujer a tener un hijo. Lo que sí puede considerarse una ley universal es la autonomía de la mujer para decidir respecto a la maternidad con fines personales reproductivos.

⁵⁸ La prostitución se define como el acto de participar en actividades sexuales a cambio de dinero o bienes.

⁵⁹ Esa es la razón por la cual a la maternidad subrogada se le llama también renta de útero o vientre de alquiler.

Kant basa la moral en el deber. ¿Cuál es el deber absoluto el caso de la gestación subrogada? ¿Cuál es del deber que no depende de ningún bien? ¿Cuál es el deber que está por encima de cualquier hecho empírico? La respuesta es ninguno. Lo que si existen son deberes universalmente validos que desautorizan tajante y contundentemente el uso de una persona, que es precisamente la esencia de la subrogación del cuerpo.

Un proceso de subrogación sería exitoso cuando se alcanza la felicidad para cada una de las parte, cuando cada una se siente a gusto, satisfecha, plena de realización; cuando el resultado supera con creces sus expectativas, por ejemplo cuando:

- La mujer subrogada gana dinero; las condiciones del embarazo fueron excelentes; el parto resultó sin complicaciones; la entrega del niño resultó sin remordimientos...
- El solicitante recibe un niño hermoso, robusto, sano y barato
- El niño es entregado a unos "padres" cariñosos, comprensivos, inteligentes, atentos, holgados económicamente, que harán hasta lo imposible para darle la mejor educación y condiciones de vida.

Sin embargo, que cada quien cumpla su papel la perfección, es decir que cada una de las partes cumpla su "deber" en una operación de subrogación, no hace bueno el acto. En este caso, los deberes de los actores son una serie de imperativos hipotéticos, de ahí una moral cien por ciento heterónoma. El problema es que Kant exige una moral cien por ciento autónoma. En la gestación subrogada no hay ningún bien moral –absoluto-, pues todo esta referenciado a los resultados; lo que está detrás es una ética basada en lo *a posterior*, no hay ningún *a priori* como exige Kant.

Kant dice que la condición para la moralidad es la buena voluntad (intención recta). Ella es la que hace moral los actos. Es la que nos mueve a cumplir un imperativo categórico no para obtener una ventaja, sino para cumplir la ley, porque la moral no depende de los resultados de la acción. Ser moral es actuar con buena voluntad y recta intención. Por eso la moralidad no depende de los buenos sentimientos, si dependiera de ellos sería una moral interesada. En la gestación subrogada por más que las partes actúen de buena voluntad y con recta intención, su objetivo no es cumplir con el deber sino con obtener ventajas concretas para cada uno de los involucrados, es una moral interesada.

Kant dice que la buena voluntad es autónoma, ella es su propio y único fin, es un fin en sí misma. No se impone la ley moral desde afuera, ni siquiera por un Dios, ya que se le obedecería por miedo o interés; y ninguno de esos sentimientos es una motivación moral; si se basa en ellos sería una ética heterónoma y no autónoma. La buena voluntad es razonable y libre; no depende de sus resultados. En la gestación subrogada la ley moral la impone el acuerdo de voluntades, el contrato firmado por los participantes; se le obedece al acuerdo por interés o por miedo a las penalidades establecidas en el papel, y ninguno de esos sentimientos es una motivación moral, La gestación subrogada se basa en motivaciones económicas, sentimentales, afectivas; la buena voluntad depende completamente de los resultados; la "buena voluntad" no es autónoma y por lo tanto no cumple con el imperativo de Kant.

Kant dice que hacer que la ética busque la felicidad, el placer, la utilidad o cualquier otro bien sería buscar algo que no es ella misma. Hacer que el deber dependa de la obtención de algún bien, por más bueno que este sea, sería hacerlo un imperativo hipotético, un imperativo relativo; en ese caso la moral sería heterónoma. Y la gestación subrogada surge, se basa y se realiza en la utilidad que obtendrán los participantes.

De las cinco formulaciones de la ley moral que establece Kant, ninguna se cumple en la gestación subrogada. ¿Qué máxima aparece en la gestación subrogada que queremos que se torne ley universal de la naturaleza? Ninguna. Tener un hijo por cuenta de otro es la antítesis de la ley moral que mandata “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

En la gestación subrogada la madre portadora y el solicitante ejercen su libertad de elección: participar o no en el proceso de subrogación. También ejercen su capacidad de gobernarse por normas que ellos mismo aceptan sin coerción externa. Pero ya dijimos que para Kant las normas surgidas de esa auto legislación sólo serán válidas moralmente si son universales; en el caso de la gestación subrogada sólo aparecen normas intimistas, individuales, por lo tanto son inmorales en el sentido kantiano.

3.3.2. Enfoque liberal

Ya vimos que la cuestión de fondo en la subrogación materna es el uso del cuerpo para satisfacer los deseos de un tercero. ¿Es moral usar el cuerpo de esa manera? ¿Tenemos derecho a disponer de nuestro cuerpo como queramos? ¿Somos dueños con plenos derechos? Para responder a esas interrogantes nos apoyaremos los trabajos de María de la Luz Casas (2008). Analizando los trabajos de Diego Gracia, la connotada bioeticista señala que es posible identificar cinco posturas históricas: naturalista, religiosa, moderna liberal, kantiana y socialista. Las dos primeras consideran que el propietario del cuerpo humano es Dios, la dos segundas el hombre y la última la sociedad.⁶⁰

El enfoque liberal ha ganado fuerza en las últimas décadas como resultado de las transformaciones sociales posteriores a la Segunda Guerra Mundial y más recientemente de la generalización del neoliberalismo económico que transforma cuerpos y espíritus en mercancías.

Las propuestas filosóficas liberales, especialmente las radicales, consideran que el cuerpo humano es un soma, una cosa más entre las cosas y por lo tanto regido por las leyes de los cuerpos materiales. Al mismo tiempo asocian el respeto al individuo y a su autonomía con la propiedad del cuerpo. De ambas ideas se sigue que una persona tendría derechos sobre si misma y la posibilidad de hacer de su cuerpo lo que le viniera en gana, en un ejercicio que se presenta como absoluto.

La idea de que el cuerpo es propiedad de la persona se ha agudizado en la actualidad con la entrada de la ingeniería genética a la economía de mercado. El rechazo a tratamientos beneficios para el paciente, la formulación de directrices anticipadas, los testamentos vitales y las cirugías estéticas que sobrepasan el riesgo-beneficio, así como las terapias innecesarias o no terapéuticas, el aborto y

⁶⁰ La visión clásica y antigua es la que corresponde a la idea de la naturaleza y es éticamente inaceptable realizar acciones contra la ley natural. Los griegos no consideraban aplicable al cuerpo humano la idea de propiedad. El hombre no era el propietario de su cuerpo –cosa sagrada-- sino simple administrador y guarda. El derecho Romano recogió esa tradición. El hombre no era dueño ni de sus miembros ni de su cuerpo; la posesión recaía en Dios --creador de la vida-- y el hombre es administrador y custodio. Ello explica en parte la prohibición de la automutilación y el suicidio. La vida y el cuerpo no eran propiedad del hombre. El cuerpo no era considerado una cosa sino un elemento de la propia persona, por lo tanto no podía ser objeto de comercio (Ulpiano). El cuerpo vivo de personas libres no tenía precio. El cuerpo no es una cosa vendible, apropiable ni comerciable. De igual manera, para la visión teológica monoteísta el hombre sólo es el administrador o disponente de su cuerpo y los límites de esa disposición se encuentran en la ley divina, inserta en el reconocimiento racional de la ley natural.

las manipulación embrionaria, son todas ellas decisiones vinculadas a la combinación de nuevas posibilidades tecnológicas y decisiones autónomas absolutistas.^{61/}

Para el enfoque liberal moderno el cuerpo constituye la primera propiedad del ser humano y el medio de apropiación de las demás cosas. Bajo esa idea, el hombre no es administrador de su cuerpo sino su poseedor, su dueño y no hay que rendirle cuentas a nadie. Para Hume el cuerpo es alienable o vendible, por lo menos en parte. El cuerpo humano, como cualquier propiedad tiene un precio. Esta es una idea muy difundida en la actualidad y defendida en varias formas por el derecho, especialmente en países donde dominan las corrientes liberales o pragmáticas

En la corriente liberal utilitarista todo está permitido con el cuerpo (incluido el suicidio) siempre y cuando el sujeto esté consciente de las implicaciones. El bien mayor es el deseado por la persona en función de su beneficio personal subjetivo. Ese presupuesto reposa a su vez en la idea de que la libertad es la posibilidad de elección, es decir, el derecho a realizar actos volitivos basados en preferencias subjetivas de las personas. Igual que en el caso anterior, esa posición tiene en la actualidad muchos adeptos.

Para Stuart Mill la única libertad que merece una persona es la de buscar su propio bien, por su camino propio, en tanto no prive a los demás del suyo; sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (Casa, 2008). Afirma la libertad de las personas de realizar acciones corpóreas según sus preferencias. Su ética, basada en el principio de autonomía, se interpreta como elección irrestricta, no importando que la comunidad o la razón perciban elecciones injustificadas. El único límite para Mill es el daño a terceros. Ningún hombre puede ser obligado a actuar o abstenerse de actuar bajo el argumento de que de dicha actuación o abstención derivaría un bien para él o lo haría dichoso, tampoco sería válido el argumento de que sería prudente o justo en opinión de los demás. Podría haber buenas razones para discutir, convencer e incluso suplicar, pero no para obligar y menos causar daño al que obra de modo diferente a nuestros deseos o al sentir social. Para que esa coacción sea justificable, sería necesario que la conducta de ese hombre perjudicara a otro. Por lo que le atañe sólo a él su independencia es absoluta. Sobre sí mismo, su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano. Para Mill el cuerpo es un tipo de propiedad privada protegida por el derecho de privacidad y de intimidad. Al individuo le corresponde, entonces, el derecho de gestión acerca de los actos y decisiones sobre su propio cuerpo, sin ninguna limitación, incluyendo las decisiones sobre la vida o muerte, venta o subrogación. En otras palabras, la gestión del cuerpo es totalmente individual y de ninguna manera estatal o social; el cuerpo es violable y enajenable por su propietario.

Engelhart va más allá pues postula que el ser humano es en sí una propiedad personal, que incluiría tanto los talentos como el cuerpo. Para él, podría venderse un órgano aunque la persona muriera, pues ese derecho se sustenta en la autonomía irrestricta.

Dentro de la moral liberal el pragmatismo no se preocupa por definir de quien es el cuerpo --tema inútilmente complicado--; lo que le interesa son los usos que se le puede dar, los riesgos y beneficios que ello tendría.

⁶¹ Dicho de manera coloquial equivaldría a decir: “yo mando sobre mi cuerpo y hago de él lo que quiero; mientras no afecte a los demás nadie tiene derecho ni a juzgarme ni a decirme nada”.

De las ideas expuestas concluimos que la mujer que presta o rentan su cuerpo están en todo su derecho, pues al ser la propietaria pueden usarlo como mejor le plazca desde su propia subjetividad. De igual modo, la conducta de la o las personas que solicitan el embarazo no es éticamente reprochable porque es un acuerdo de voluntades y, en última instancia, le corresponde a la eventual mujer gestante decidir si se embaraza o no, si lo hace por dinero o por amor al prójimo, si se presta una o varias veces, si dona o no su óvulo, si acepta uno o más embriones. Mientras sea decisiones libres y soberanas, ausentes de coerciones, presiones y chantajes, son completamente válidas. Sin embargo, esa conclusión reposa en suponer que el embrión no cuenta, que no es persona y por lo tanto no es sujeto de derechos, ni los adultos tienen obligaciones hacia él. El problema se traslada entonces al status del embrión.

3.4. ESTATUS DEL EMBRIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

Las técnicas de reproducción asistida se aceptan en algunos países porque existe la presuposición de que el embrión no tiene derechos y está subordinado a las decisiones de los adultos y sus deseos, como el de tener o no tener un hijo. El problema surge cuando se busca satisfacer dicho deseo perdiendo de vista los principios éticos fundamentales y el respeto por la vida.

No todas las técnicas de reproducción asistida son compatibles con el respeto a la vida humana y a la dignidad de la procreación (Casas Martínez 2008: 61). Aquellas que no respetan la vida embrionaria son, entre otras, la selección de embriones pre o post implantación y el uso de diagnóstico prenatal con fines eugenésicos. La fecundación *in vitro* requiere de inducción farmacológica de la ovulación o de otras técnicas que pretenden mejorar el índice de probabilidad de implantación fetal y sobrevivida hasta el momento del parto, por lo que a menudo se enfrenta con la problemática de la supresión de embriones plurigemerales. En esas circunstancias la vida del nonato se ve sujeta a determinaciones pragmáticas --destrucción, congelamiento, investigación, venta-- no acordes con el principio éticos fundamentales como la defensa de la vida, la beneficencia y no maleficencia.

La protección jurídica y ética del ser humano nacido tiene aceptación universal en los países democráticos, en cambio la del embrión no es aceptada por todos. Sin embargo, desde un punto de vista personalista el embrión humano es una persona.

De acuerdo con Casas Martínez (2008:31), la investigación científica sobre la naturaleza del embrión humano revela, desde el momento de la concepción, la existencia de un nuevo sistema, irreductible a la suma de los dos subsistemas óvulo y espermatozoide, que lo han originado y en el cual ya está inscrito genéticamente el proyecto que permite el desarrollo programado del cigoto hasta su completa forma final, en ausencia de obstáculos externos, a través de un procedimiento continuo, coordinado y gradual. El cigoto es ya un individuo humano: “por lo tanto, al aplicar al cigoto la definición boeciano-tomista de persona --*persona est individua substantia rationalis naturae*--, resulta que el cigoto... está dotado de un principio interno de subsistencia, “individualizada” en la unicidad e irrepitibilidad del cuerpo y del código genético, y de “naturaleza nacional”, es decir, dotado de raciocinio (aunque no sea todavía capaz de ejercitarlo)”. El cigoto posee ya un genoma específicamente humano con base en el cual se lleva a cabo un desarrollo humano específico, continuo, sin que pueda decirse que desde este punto o de aquel el embrión se convierte en individuo. En suma, desde el enfoque personalista el embrión es un ser humano y por lo tanto una persona y, como cualquier persona, tiene dignidad. En esas condiciones es digno de respeto por el simple hecho de pertenencia a la especie, independientemente de que pueda ejercer en forma

total, parcial o no pudiera ejercer alguna de sus capacidades propiamente humanas, tal y como sucede precisamente con el embrión o el recién nacido que se encuentran en estado de incompetencia.

De ahí se sigue que el embrión no le pertenece a nadie; en el caso de la gestación subrogada ni a las personas que aportaron material genético, ni a la mujer gestante ni a la persona o pareja que solicitaron el embarazo. Y como no es parte de la mujer gestante, aunque hubiera aportado su óvulo, no está en sus manos decidir abortar. Los solicitantes, a pesar de que asumieron todos los gastos de la elaboración del embrión y fueron los promotores del embarazo, tampoco tendrían derecho a solicitar el aborto.

Este razonamiento y conclusiones son impugnados por corrientes como la utilitarista, que consideran que el embrión no es un ser humano y por lo tanto no tiene el mismo valor ni puede gozar de los mismos derechos ni se le debe dar el mismo trato ético. En el párrafo siguiente analizaremos esa confrontación de ideas.

3.5. SALUD MENTAL DEL NIÑO

En toda maternidad, normal o subrogada, el niño asume las consecuencias de las decisiones de los adultos. Nadie le pregunta si quiere venir al mundo, ni si desea ser hijo de una pareja o de una madre soltera, de padres ricos o pobres, de esta o de aquella nacionalidad. Tampoco escogen el material genético con que están hechos y que determinará en buena medida su fisionomía. Los hijos no escogen a sus padres, es un lugar común. Sin embargo en el caso de la gestación subrogada el conflicto existencial que enfrenta todo ser humano en algún momento de su vida se hace más complejo y difícil de resolver. Nadie le pregunta al niño si quiere ser hijo de una pareja del mismo sexo, ni si desea tener dos o tres mamás y más de un papá.

De acuerdo con Flynn (2007), traer un hijo al mundo por encargo brinda una solución tangible y eficaz a las parejas con dificultades para concebir. Sin embargo, lo importante no sólo es hacer feliz a una pareja, sino también al niño; en ese sentido se debe reflexionar cómo se sentirá esta persona cuando haga su análisis familiar, pues podría tener cinco padres: la donadora del óvulo, el donador del esperma, la madre gestante y la pareja que encargo al niño. Este autor plantea un dilema difícil de responder ya que solamente la persona que está en esta situación sería capaz de responder que tanto los motivos y las circunstancias de su concepción y nacimiento afectan sus sentimientos. El impacto dependerá de la etapa de la vida por la que vaya atravesando pues normalmente los humanos tenemos varios puntos de vista acerca de lo que fuimos y en manos de quien estuvimos antes de nacer.

La experiencia del embarazo establece una profunda relación entre madre e hijo (Lozano, 2007). Éste recibe de aquella no sólo la alimentación y el aire que respira, sino que entretienen un estrecho lazo afectivo difícilmente inolvidable después del nacimiento. En la gestación subrogada la emoción de ser madre, la alegría y el deseo de dar a luz a ese hijo para tenerlo entre los brazos y compartir con el resto de la familia ese momento tan esperado, sencillamente se degrada, se transforma en el cumplimiento de un contrato, en una función de producción simple, llana, desprovista de toda carga afectiva. El producto sale de la fábrica y es entregado al cliente que hizo el pedido.

Aún no se sabe cuál será la reacción de las personas que fueron producto de un contrato, de una transacción comercial y de técnicas de laboratorio y no como resultado de la relación sexual de dos padres enamorados.

Para Silva (2009) el procedimiento en cuestión debe ser rechazado por ser contrario a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación; la maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, 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.

3.6. MULTIPLICIDAD DE CASOS, MULTIPLICACIÓN DE DILEMAS

Teniendo en cuenta que los solicitantes de una subrogación materna pueden ser parejas o personas solas, heterosexuales u homosexuales, fértiles o infértiles, que pueden aportar su propio material genético o utilizar donadores, y que la mujer gestante puede ser ajena o pariente, resulta que la cantidad de casos podría ser muy grande. Toda legislación en la materia tendría que ser suficientemente completa y coherente para regular esta práctica.

A continuación se exponen una serie de casos de gestación subrogada que plantean problemas y situaciones complejas éticamente hablando, con el objetivo de poner a prueba la legislación en la materia, ya sea en México o en otros países. Las leyes no son perfectas y algunas veces contienen vacíos, traslapes, zonas grises, contradicciones y problemas de coherencia que van saliendo en el día a día de la aplicación a la realidad. La aplicación de un proyecto de ley a casos históricos o a situaciones hipotéticas pero posibles permitiría sin duda mejorar dicho proyecto, hacerlo más robusto y coherente; es lo que nos proponemos hacer más adelante.^{62/}

Los casos han sido contruidos estableciendo supuestos relativos a:

- la composición, preferencia sexual y posibilidades reproductivas los futuros padres, a saber pareja o individuo, heterosexual u homosexual, fértil o infértil;
- el parentesco de la mujer gestante con los futuros padres;
- la procedencia del material genético, a saber, de alguno de los solicitantes o de ambos, de donadores anónimos o conocidos (parientes o amigos);
- la motivación de los solicitantes de los solicitantes

Los casos contruidos combinando dichos supuestos son los siguientes:

Caso 1	Pareja heterosexual, ambos fértiles, material genético de la pareja, madre gestante particular
Objetivo	Los solicitantes busca la reproducción de ambos pero la esposa quiere evitar las molestias del embarazo por razones estéticas, laborales, sociales o deportivas
Comentario	La técnica lo permite pero es cuestionable recurrir a la subrogación materna para conservar la apariencia estética de la solicitante. No viola ninguno de los cuatro principios de la ética personalista.

Caso 2	Pareja heterosexual, ambos estériles, madre gestante particular, material genético de donadores anónimos
---------------	--

⁶² Por razones de extensión, duración y financiamiento del proyecto de investigación la aplicación concreta de estos modelos a la legislación aplicable en la Ciudad de México será realizada durante el doctorado. En esta etapa de maestría nos limitaremos a establecer la metodología y definir las técnicas de investigación.

Objetivo	Los solicitantes desean ser padres.
Comentario	Es el caso más frecuente. La pregunta es: ¿por qué la pareja no recurre a la adopción? No viola ninguno de los cuatro principios de la ética personalista.

Caso 3	Pareja heterosexual, esposa estéril, semen del marido, madre gestante particular, óvulo de donadora anónima
Objetivo	Se busca el derecho a la reproducción del marido y el deseo a ser padres
Comentario	Es un caso frecuente. La situación se complica cuando la gestación se realiza través de la mamá, hermana o hija de alguno de los solicitantes o cuando el óvulo proviene de pariente o amiga. No viola ninguno de los cuatro principios de la ética personalista.

Caso 4	Pareja heterosexual, marido estéril, óvulo de la esposa, madre gestante particular, semen de donador anónimo
Objetivo	Se busca la reproducción de la esposa y el derecho a ser padre
Comentario	La situación se complica cuando la gestación se realiza través de la mamá, hermana o hija de alguno de los solicitantes, más aún cuando el semen proviene de alguien conocido. Si la esposa es apta podría recibir el embrión y prescindir de la subrogación. No viola ninguno de los cuatro principios de la ética personalista.

Caso 5	Pareja homosexual masculina, ambos fértiles, aportación de semen de ambos solicitantes, óvulos donados de la misma mujer, madre gestante particular.
Objetivo	Se busca el derecho a la reproducción de ambos
Comentario	El mayor conflicto recae en el niño o niña "Tengo dos papás pero no tengo mamá". ¿Hay la posibilidad de discriminación por ser hijo de dos hombres? ¿En caso de separación a quien se le da la tutela? En caso de separación los más afectados serán los hermanitos o hermanitas al ser separados e ir cada uno con su respectivo padre previa prueba de ADN.

Caso 6	Pareja homosexual masculina, semen de uno de los solicitantes, óvulos donados de amiga, pariente o donados, embarazo múltiple
Objetivo	Se busca la reproducción de uno de ellos y la paternidad de ambos
Comentario	¿En caso de separación el que no aporte material genético tiene o no derecho alguno sobre el hijo que crío? ¿Qué apellidos llevará el niño? ¿Tiene la obligación el uno de demandar pensión alimenticia al otro?

Caso 7	Pareja homosexual femenina una fértil y la otra infértil, ovulo de la mujer fértil con un esperma de donador anónimo, en la mujer que no aporte material genético.
Objetivo	Se busca el derecho a la reproducción de una y el deseo de ambas de ser madre.
Comentario	¿En caso de separación a quien se le da la tutela? ¿Es obligatorio entre parejas el contrato de subrogación? ¿Legalmente quien será la mamá? ¿Cuáles apellidos llevará el niño o niña?

Caso 8	Pareja homosexual femenina, ambas fértiles, óvulos de ambas con semen de donador desconocido y alguna de ellas realiza la gestación.
Objetivo	Se busca el derecho a la reproducción y el deseo de ambas de ser madres.
Comentario	¿Cada quien dará el apellido respectivo a su hijo? previo prueba de ADN o ¿Será reconocido por la que dio a luz como hijo, tomando en cuenta que sólo hay un certificado de nacimiento? ¿En caso de separación la que dio a luz podrá dar en adopción al hijo genético de la otra?

Caso 9	Hombre homosexual, semen del solicitante, óvulo donado, gestación a través de la mamá del solicitante.
Objetivo	Se busca la reproducción del hijo y la continuidad de la descendencia de la abuela
Comentario	¿Como explicar al niño que nació del vientre de su abuela? ¿Como explicar al niño que su papá también puede ser su hermano?

Caso 10	Hombre soltero, fértil, óvulo donado, mujer gestante particular.
Objetivo	Se busca la reproducción y la paternidad, pero no se desea ni contacto sexual ni la identificación de la madre genética.
Comentario	Caso "Ricky Martin". Hijos de padre soltero. La subrogación de vientre también es una alternativa cuando las leyes no permiten la adopción a hombres solos.

Caso 11	Mujer sola, infértil, óvulo donado, semen donado, madre gestante particular.
Objetivo	Se busca el deseo de ser madre.
Comentario	El caso se complica cuando la mujer gestante o el material genético provienen de parientes de la solicitante.

Caso 12	Dos amigos solteros que no son pareja se ponen de acuerdo para contratar a una mujer para que les tenga un hijo a cada quien y se ahorren la contratación de una segunda mujer. Cada quien aporta su semen, los óvulos son donados y la mujer gestantes es particular.
Objetivo	Económico y reproductivo. Se busca la reproducción de ambos sin tener que compartir al hijo con la madre biológica, así como un proceso a bajo precio (subrogación "al dos por uno").
Comentario	El papel de "incubadora humana" de la madre gestante es evidenciado plenamente. Los hijos serán hermanos de útero pero como no tienen problemas de consanguinidad podrían casarse si la ley lo permite. ¿La separación de los gemelos genéticamente diferente les causará algún trauma? Si la madre gestante cobra por cada niño, el utilitarismo es llevado a su máxima expresión

Dentro de los casos se omitieron aquellos en los cuales la mujer gestante aporta óvulos pues en ese caso el recién nacido sería plenamente su hijo por ser la madre biológica y de parto. Y aunque no deseara ser la madre ni legal ni de crianza, el niño sería inevitablemente su hijo. En esa condiciones ceder todos los derechos sobre el niño sería equivalente a regalarlo o venderlo. Dicho de otra manera, un proceso donde la mujer aporta óvulo y útero pero cede todos sus derechos sobre el niño es equivalente a regalar a su hijo, de ahí a concluir que se trata de la venta de un hijo sólo hay un paso pues una operación altruista pura prácticamente no existe. Algunos procesos de subrogación materna son equiparables a la trata de personas por más que se les busque disimular o banalizar. Las legislaciones que lo permiten están permeadas por la visión utilitarista que no corresponde a la tradición latina.

Dentro de los casos planteados también se omitió el carácter comercial o altruista de la operación, ya que el verdadero altruismo es muy raro pues corresponde a situaciones donde los solicitantes no tienen que pagar nada, es decir, el regalo incluye al niño y todos los gastos asociados al proceso. Es claro que no se puede hablar de altruismo cuando la mujer gestante no recibe una compensación monetaria pero goza de manutención completa durante el tiempo que dura el proceso y que se extiende más allá de un año. En el primer capítulo mencionamos que uno de los principales problemas con los contratos de subrogación en California es precisamente la cuantía y el tipo de gastos en los que puede incurrir la mujer gestante. El extremo opuesto al altruismo pleno es el negocio pleno donde la mujer cobra por su material genético y por cada uno de los servicios que

presta (ovulación, recepción de embriones, lactancia...).^{63/} El acuerdo de subrogación comercial crea una relación de poder entre los contratantes y la mujer gestante: los primeros van a tratar de controlar la vida de la primera, violando su autonomía y privacidad (por ejemplo, bajo el supuesto económico de que el que paga manda); la segunda buscará maximizar su bienestar chantajeando a los futuros padres (especialmente cuando éstos ya han invertido bastante y resulta costoso salirse del “negocio”).^{64/}

Finalmente de la construcción de casos destacan situaciones a evitar, específicamente con respecto a la consanguinidad. Por un lado, si el solicitante aporta semen la donadora de óvulo no debe ser madre, hija, hermana, tía, prima o sobrina (consanguinidad en primer o segundo grado). Por otro lado, si la solicitante aporta el óvulo el donador de esperma no debe ser el padre, el hijo, el hermano, el tío, primo o sobrino (consanguinidad en primer o segundo grado). En otro orden de ideas la entrega del niño al nacer es contraria la promoción de la lactancia materna exclusiva, porque el niño desaprovecha el mejor alimento y su primera vacuna que es la ingesta del calostro materno. La entrega del niño debería ocurrir por lo menos un mes después del parto independientemente de la existencia de bancos de leche materna; dicha espera tiene la desventaja del apego entre madre y neonato.

Los casos se pueden combinar con situaciones excepcionales como las siguientes:

- desistimiento de alguno de los solicitantes por divorcio o separación durante el embarazo
- desistimiento de la mujer gestante
- muerte de alguno de los solicitantes o de ambos
- muerte del feto o del neonato
- Divorcio o separación de los solicitantes durante la crianza y desarrollo del hijo

Una buena legislación debe tener respuesta para estos casos.

⁶³ La aplicación de la economía de mercado al proceso de subrogación implica la descomposición del proceso en una serie de servicios y el establecimiento de una tarifa para cada uno de ellos. Esa situación no dista mucho de las compensaciones financieras o materiales de las que goza una mujer gestante contratada a través de la clínica californiana mencionada en el primer capítulo de esta tesis.

⁶⁴ Este tema será tratado aplicando las tesis de Faucault pero en la etapa de doctorado.

Capítulo 4

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA CIUDAD DE MÉXICO

Al ser considerada dentro del conjunto de técnicas de reproducción humana asistida, la legislación aplicable a la gestación subrogada pretende garantizar el derecho de las personas de procrear. Sin embargo en muchos litigios que involucran subrogación materna, si no es que en todos, los jueces toman decisiones con base en el mejor interés del niño, de ahí la necesidad de revisar el marco jurídico no sólo con respecto a la familia y la procreación sino también los derechos de los niños. De igual modo conviene distinguir la legislación internacional que México ha aceptado y la legislación nacional.

4.1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Lo más destacable en términos de esta investigación es la Declaración Universal de los derechos Humanos, el Código de Núremberg, la Declaración de Helsinki, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

4.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los objetivos de la presente declaración son:

- a) Proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislación, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.
- b) Orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas públicas y privadas.
- c) Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativos a los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.^{65/} Asimismo, que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.^{66/} En cuanto al matrimonio la DUDH establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen

⁶⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁶⁶ Idem. Artículo 2.

derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.^{67/}

4.1.2. Código de Núremberg

El Código de Núremberg recoge principios orientativos de la experimentación médica en seres humanos.^{68/} Está constituido por diez puntos entre los cuales se incluye el consentimiento informado y la ausencia de coerción. Dicho Código es relevante en el caso de la maternidad subroga pues puede características de experimento; las técnicas de fecundación asistida implican técnicas médicas de laboratorio que aunque ya son bien conocidas no dejan de ser un experimento tecnológico en cada mujer, por lo que se requieren del consentimiento informado de la madre portadora y la certitud de que no está siendo coaccionada para embarazarse.

De acuerdo con el Código de Núremberg es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano.^{69/} Esto significa que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar consentimiento; su situación debe ser tal que pueda ser capaz de ejercer una elección libre, sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción; debe tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos implicados que le capaciten para hacer una decisión razonable e ilustrada. Este último elemento requiere que antes de que el sujeto de experimentación acepte una decisión afirmativa, debe conocer la naturaleza, duración y fines del experimento, el método y los medios con los que será realizado; todos los inconvenientes y riesgos que pueden ser esperados razonablemente y los efectos sobre su salud y persona que pueden posiblemente originarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad para asegurarse de la calidad del consentimiento residen en cada individuo que inicie, dirija o esté implicado en el experimento. Es un deber y responsabilidad personales que no pueden ser delegados impunemente.

Otros de los puntos del Código de Núremberg también aplican al caso de la gestación subrogada pues el “experimento” debe ser tal que dé resultados provechosos para el beneficio de la sociedad, no sea obtenible por otros métodos o medios y no debe ser de naturaleza aleatoria o innecesaria.^{70/} De igual modo, el experimento debe ser proyectado y basado sobre los resultados de experimentación animal y de un conocimiento de la historia natural de la enfermedad o de otro problema bajo estudio, de tal forma que los resultados previos justificarán la realización del experimento.^{71/} El experimento debe ser realizado de tal forma que se evite todo sufrimiento físico y mental innecesario y todo daño.^{72/} No debe realizarse ningún experimento cuando exista una razón a priori que lleve a creer el que pueda sobrevenir muerte o daño que lleve a una incapacitación, excepto, quizás, en aquellos experimentos en que los médicos experimentales sirven también como sujetos.^{73/} El grado de riesgo que ha de ser tomado no debe exceder nunca el determinado por la

⁶⁷ Idem, Artículo 16.

⁶⁸ El Código de Núremberg fue publicado el 20 de agosto de 1947 tras la celebración de los Juicios de Núremberg al final de la Segunda Guerra Mundial. <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

⁶⁹ Idem. Punto 1.

⁷⁰ Idem. Punto 2.

⁷¹ Idem. Punto 3.

⁷² Idem. Punto 4

⁷³ Idem. Punto 5

importancia humanitaria del problema que ha de ser resuelto con el experimento.^{74/} Por otra parte, el “experimento” deben realizarse preparaciones propias y proveerse de facilidades adecuadas para proteger al sujeto de experimentación contra posibilidades, incluso remotas, de daño, incapacitación o muerte.^{75/} El “experimento” debe ser realizado únicamente por personas científicamente cualificadas. Debe exigirse a través de todas las etapas del experimento el mayor grado de experiencia (pericia) y cuidado en aquellos que realizan o están implicados en dicho experimento.^{76/}

4.1.3. Declaración de Helsinki

La Declaración de Helsinki fue promulgada por la Asociación Médica Mundial (WMA) como un cuerpo de principios éticos que deben guiar a la comunidad médica y a otras personas que se dedican a la experimentación con seres humanos. La Declaración fue originalmente adoptada en junio de 1964 en Helsinki, Finlandia, y ha sido sometida a cinco revisiones y dos clarificaciones.^{77/} Los principios básicos de la Declaración son los siguientes:

1. La experimentación en un ser humano debe respetar los principios morales y científicos que justifican la investigación en medicina humana. La experimentación en un ser humano debe estar basada en exámenes de laboratorio, en pruebas sobre animales, o sobre cualquier otro dato científicamente establecido.
2. La experimentación en un ser humano debe ser conducida por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un medio idóneo.
3. La experimentación no puede ser llevada al cabo legítimamente si la importancia del objeto buscado no está en proporción con el riesgo inherente.
4. Antes de realizar un experimento, deben evaluarse cuidadosamente los riesgos y los beneficios previsibles para el sujeto o para otros.
5. El médico debe utilizar una especial prudencia cuando emprende un experimento en el curso del cual la personalidad del sujeto puede ser alterada por los medicamentos o los procedimientos experimentales.

4.1.4. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (PACIEDP, Conferencia de El Cairo, 1994)

El PACIEDP contempla en su capítulo VII derechos reproductivos y salud reproductiva.^{78/} Establece que la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia,

⁷⁴ Idem. Punto 6.

⁷⁵ Idem. Punto 7.

⁷⁶ Idem, Punto 8.

⁷⁷ Declaración de Helsinki. Véase <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html>

⁷⁸ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Capítulo VII. <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos. La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

De igual modo, determina que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

En materia de Planificación de la familia el PACIEDP recomienda adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación; prevenir los embarazos no deseados y reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo y la morbilidad y la mortalidad; facilitar el acceso a servicios de calidad que sean aceptables y económicamente asequibles para todos los que los necesitan y desean recibirlos; mejorar la calidad de los servicios de asesoramiento, información, educación, comunicaciones y orientación, y promover la lactancia materna para favorecer el espaciamiento de los nacimientos. En el texto se destaca que los gobiernos y la comunidad internacional deben utilizar todos los medios al alcance para apoyar el principio de elección voluntaria en materia de planificación de la familia.

4.1.5. “Convención de Asturias (1997)”. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina

También denominado Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convención de Asturias de Bioética",^{79/} este Convenio fue establecido por el Consejo de Europa en 1997. México es país observador pero no miembro.

Las cuestiones más relevantes en términos de la presente investigación son las siguientes:

- Los estados miembros se comprometen a proteger la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizar a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina.^{80/}
- No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre. Dicha persona recibirá previamente una información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. La persona afectada, podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad.^{81/}

⁷⁹ <http://www.sibi.org/pub/conv.htm>

⁸⁰ Artículo 1.

⁸¹ Artículo 5.

- Está prohibida toda forma de discriminación hacia una persona en razón de su patrimonio genético.^{82/}
- La utilización de técnicas de procreación asistida no puede llevarse a cabo para elegir el sexo del niño, salvo que se trate de evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.^{83/}
- El cuerpo humano y sus partes no deben ser, como tales, fuente de lucro.^{84/}
- Cuando en el curso de una intervención se extrajere una parte cualquiera del cuerpo humano, no podrá ser conservada o utilizada para fin distinto del que motivó su extracción sino con la observancia de los correspondientes procedimientos de información y consentimiento.^{85/}

4.1.6. Derecho de los niños

Los dos ordenamientos jurídicos relevantes son la Declaración de 1959 y la Convención de los Derechos de los Niños

Declaración de los Derechos del Niño (1959)

Esta declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (el subrayado es nuestro).^{86/}

Artículo 2º.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

La gestación subrogada no cumplen estrictamente con ese derecho del niño pues en la práctica se antepone el interés de los adultos.

Artículo 6º.

“El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al nacido de corta edad de su madre...

En la gestación subrogada el hijo es separado de su madre biológica en el momento del parto.

Artículo 9º.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a

⁸² Artículo 11.

⁸³ Artículo 14.

⁸⁴ Artículo 21

⁸⁵ Artículo 22.

⁸⁶ [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386(XIV))

ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Ya vimos que la gestación subrogada es una modalidad de trata de personas: el niño se vende o se regala.

Artículo 10º.

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra índole...

Los hijos de parejas del mismo sexo serán discriminados en la escuela y en otros lugares.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Esta convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 (el subrayado es nuestro). Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Artículo 2

...

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¿Lo hará en el caso de hijos parejas del mismo sexo?

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida...

¿Y antes de que nazca?

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...

¿Se incluye a la madre gestante?

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...

En el caso de la gestación subrogada el niño es separado de su madre biológica y en algunos casos de su mellizo.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...

A un niño nacido de un proceso de subrogación materna no se le preguntó si quería ser parte del proceso.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño...

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

La gestación subrogada es una modalidad de tráfico de personas pues el niño se regala o se vende.

4.2. LEGISLACIÓN NACIONAL

4.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El Artículo 4º de la máxima ley del país establece puntualmente lo siguiente:^{87/}

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”^{88/}

...

Del texto constitucional citado se desprende lo siguiente:

- Que la ley protegerá a la familia en su organización y desarrollo entendidos en el sentido más amplio. Corresponde al Estado velar para que ello ocurra.
- Que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo cual conlleva implícito el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas.
- Que toda persona tiene derecho a decidir cuántos hijos quiere tener y en qué momento, pero con responsabilidad y pleno conocimiento de las implicaciones de esa decisión trascendente, para lo cual deberá informarse aunque eso no exime al Estado de responsabilidad en la materia.
- Que no se especifica si dichos hijos deben ser propios o adoptados, ni la manera en que deben ser concebidos, de tal manera que admite perfectamente hijos derivados de la gestación subrogada

Aunado a lo expuesto y en relación con el artículo 133 de la Carta Magna, el Estado Mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional, como es el caso de Declaración Universal de los Derechos Humanos que, como hemos visto, incluye los derechos reproductivos

De acuerdo con el Artículo 16º

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, última reforma DOF 27-04-2010. <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

⁸⁸ El artículo 73, fracción XVI, de la Carta Magna le otorga al Congreso facultades para dictar leyes sobre salubridad general de la República.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...

Este artículo es la base constitucional para el consentimiento informado.

4.2.2. Ley General de Salud^{89/}

La Ley General de Salud forma parte de marco jurídico básico de la gestación subrogada en dos grandes campos: la planeación familiar y las técnicas de reproducción asistida. En efecto, en su Artículo 3 establece que es materia de salubridad general tanto la planificación familiar, como la el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células donde se incluye la regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida.^{90/}

En términos del tema de la presente investigación, la Ley General de Salud plantea lo siguiente:

- El sistema nacional de salud tiene entre otros objetivos Impulsar el bienestar y el desarrollo de las familias.^{91/}
- La planeación familiar se considera como parte de los servicios básicos de salud Para los efectos del derecho a la protección de la salud.^{92/}
- Los servicios que se presten en la materia de planificación familiar constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.^{93/}
- Los servicios de planificación familiar comprenden, entre otros, el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.^{94/}
- Se considerarán integrantes del núcleo familiar a los hijos y adoptados.^{95/}
- Compete a la Secretaría de Salud el control sanitario de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos.^{96/}
- Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.^{97/}

⁸⁹ Ley General de Salud <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

⁹⁰ Idem, Artículo 3 Fracción VII y XXVIII

⁹¹ Idem, Artículo 6.

⁹² Idem Artículo 27.

⁹³ Idem Artículo 67

⁹⁴ Idem. Artículo 68

⁹⁵ Idem. Artículo 77bis 4

⁹⁶ Idem. Artículo 313. Ese control se realiza por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios

⁹⁷ Idem. Artículo 318

- Se requerirá el consentimiento expreso para la donación de órganos y tejidos en vida.^{98/}
- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.^{99/}
- Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.^{100/}
- Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración.¹⁰¹
- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.^{102/}

En suma, desde el ámbito del derecho a la salud, la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos. Se norma con ello la posibilidad de su utilización para efecto terapéutico, de docencia o de investigación, al ser ampliado también el concepto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de pre embriones, embriones y fetos, para los fines señalados.

Analizando la ley con respecto a la reproducción asistida y la gestación subrogada Moctezuma Barragán (2005) señala lo siguiente:

“...la inseminación homóloga, es decir, aquélla que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud, asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural. Los problemas comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquélla en

⁹⁸ Idem. Artículo 323.

⁹⁹ Idem. Artículo 327.

¹⁰⁰ Idem. Artículo 330.

¹⁰¹ Idem. Artículo 346.

¹⁰² Idem. Artículo 466.

la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja o si ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada, puesto que si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación.

“Impresionante nos resulta pensar que como abogados tengamos que defender a una pareja que haya celebrado contrato de gestación subrogada en donde la madre que rentó su útero no quiera reconocer los compromisos pactados y no entregue el producto de la concepción, tomando en cuenta que el contrato sería inexistente por ser una materia que en nuestro país se encuentra fuera del comercio.

“Por otro lado, el hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios”.

De acuerdo con Casas (2008:33) la Ley General de la Salud posee en la redacción de sus artículos un neto corte kantiano, en particular, está elaborada retomando la idea kantiana de autonomía y dignidad. Las acciones concretas sobre el cuerpo parten del presupuesto de disposición con base en la premisa de no comercialidad (*res extra commercium*). La idea filosófica de esta ley y sus reglamentos “no parte de la consideración del cuerpo como propiedad irrestricta de la persona, sino de aquella que señala que el cuerpo humano se encuentra en disposición de la persona, esto es, en propiedad limitada.”^{103/} La doctora Casas agrega que los derechos de la persona sobre su cuerpo están representados por el reconocimiento de la autonomía de la persona, el consentimiento con base en la información previa y la evaluación del riesgo y el beneficio de los actos médicos quirúrgicos y de investigación.

4.2.3. Código Civil para el Distrito Federal (Código Civil Federal)^{104/}

Libro Primero. De las Personas. Título Primero. De las Personas Físicas

Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Título Séptimo. De la Paternidad y Filiación

Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

¹⁰³ Casas (2008:90)

¹⁰⁴ <http://mucd.org.mx/assets/files/pdf/leyes-codigos/codigos/codigocivildf.pdf>

Artículo 338.- No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.

Artículo 340.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Artículo 385.- Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Artículo 386.- No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

Artículo 388.- Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:
I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley.

Libro Segundo, de los Bienes. Título Primero, Disposiciones Preliminares

Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

De acuerdo con Casas (2008:104) aun cuando el cuerpo humano y sus componentes se clasifican como cosas o bienes, están fuera del comercio, no pueden ser objeto de apropiación particular y hacen imposible un contrato. Y como las cosas que están fuera del comercio son inalienables el cuerpo y sus componentes son inalienables.

Libro Cuarto. De las obligaciones. Título primero. Fuentes de las Obligaciones

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1804.- Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

4.3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA CIUDAD DE MÉXICO

Es importante que exista un concepto de gestación subrogada que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es, quiénes pueden participar de ella y cuál será el instrumento que obligue a las partes, pues lo que está en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un niño, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

4.3.1. Ley de para el Distrito Federal diciembre de 2010

El 30 de diciembre de 2010 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, luego de dos años de proceso legislativo, aprobó la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, que permite a mujeres gestar embriones biológicos de otra pareja sin fines de lucro entre las personas solicitantes y no genera ningún parentesco entre la mujer gestante y el menor nacido.^{105/}

De acuerdo con un comunicado de prensa de la ALDF,^{106/} la mujer que recurra a esta técnica de reproducción asistida debe tener una imposibilidad permanente o contraindicación médica, pues está concebida específicamente como una alternativa específica para problemas de infertilidad. La ley prevé un contrato ante notario público en el que se manifiesta el consentimiento de una mujer con capacidad de gestación para la implantación del embrión y el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato y aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión que se implantará en el útero de la mujer gestante. Asimismo establece la obligación de la mujer gestante de entregar a las personas solicitantes a los menores después de su nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer un plazo para su cumplimiento.

El certificado de nacimiento del menor será el documento que expida el médico tratante en los términos de la Ley de Salud del Distrito Federal; en caso de la separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes, durante la gestación, un Juez de lo Familiar resolverá la situación del menor conforme a las reglas sobre patria potestad, guardia y custodia y tutela establecidas en el Código Civil.

Las partes deben conocer el derecho de la mujer gestante a decidir sobre la interrupción del embarazo en los términos que establece el Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal. Además, podrán establecer cláusulas sobre una indemnización suficiente para sus dependientes económicos, en caso del fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante

¹⁰⁵ <http://www.aldf.gob.mx/imprimir-6831>

¹⁰⁶ <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-ley-gestacion-subrogada-df-6818.html>

derivados de esta práctica médica. La nueva norma prevé que este tipo de gestación protege en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica médica y el interés del menor nacido.

Las personas solicitantes se comprometen a cumplir con las reglas que dispone la legislación vigente, respecto de la paternidad, velando por el interés superior del menor, así como a ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad o paternidad. Los derechos de filiación, es decir, la relación que existe entre los padres y los hijos y que forman el nuevo núcleo social primario de la familia, son de las personas solicitantes. Además, se harán cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones hasta la recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento.

Entre los requisitos para esta gestación, se establece que preferentemente la mujer gestante tenga algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. En caso de que no exista una candidata que cumpla esta característica, podrá participar otra mujer; en ambos casos deberá presentar un certificado de salud del médico tratante.

El consentimiento de las partes deberá realizarse ante notario público a través del instrumento para la gestación subrogada que disponga la Consejería Jurídica del GDF. El consentimiento debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Este deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

En la ley se define a la gestación subrogada como “la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético”. Las mujeres en estado civil diferente al señalado, podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados en la ley para la mujer solicitante.

Entre las sanciones por incumplimiento resaltan, por ejemplo, que la mujer gestante que desee lucrar por la gestación subrogada o por la divulgación pública con el objeto de dañar la imagen de las partes solicitantes, o que no cumpla con lo manifestado en el instrumento, se le fincarán las responsabilidades civiles y penales que resulten, además de las de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Entre las causas para anular el acuerdo están las siguientes: la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; no cumplir los requisitos y formalidades que marca esta ley; establecer compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana o que contravengan el orden social y el interés público. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del Instrumento para la Gestación subrogada.

Sobre la protección de la mujer gestante, se prevé otorgarle los derechos que establecen las leyes respecto de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Respecto de las obligaciones de los médicos tratantes que realicen esta práctica, deberán informar ampliamente a las partes involucradas sobre las consecuencias médicas, biológicas y legales de la

transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante. Solicitará los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos. Serán acreedores a las responsabilidades civiles y penales los médicos tratantes que realicen la práctica sin el consentimiento y plena aceptación de las partes. Las sanciones penales que se aplicarán son las correspondientes a la procreación asistida e inseminación artificial.

4.3.2. Críticas a la Ley de 2010 (no promulgada)

La expedición de esta ley es un avance en el reconocimiento de los derechos a la salud sexual y reproductiva porque permite a las personas ejercer su derecho a la maternidad y paternidad de una manera alternativa pero informada y libre. Sin embargo, algunas voces consideran que se trata de una ley discriminatoria, excluyente, deficiente y contradictoria con las propias instituciones que la ALDF ha reconocido, como es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁰⁷ /

De acuerdo con Martínez-Rodarte (2010) la posibilidad de acceder a un acuerdo con una mujer para que en su útero se desarrolle el deseado hijo queda restringida para matrimonios o concubinatos conformados por un hombre y una mujer que estén en capacidad biológica juntos de producir espermatozoides fértiles y óvulos sanos. Es decir la ley prohibiría el derecho de mujeres que no tienen matriz (por cáncer u otra enfermedad) a intentar tener un hijo por vía de contratar la gestación subrogada. Si un esposo es fértil pero la esposa no y pueden obtener un ovulo donado o comprado, tampoco podrían hacerlo. Si un hombre no produce esperma fértil y la mujer tiene los problemas que dan motivo a la gestación subrogada (mismos que tampoco quedan claros), no podrán acceder a ella aunque la mujer si tenga óvulos sanos.

¿Por qué no se permite en la gestación subrogada inseminar el ovulo de una mujer casada con esperma de un donante cuando el marido no es fértil y está de acuerdo? ¿Por qué una mujer premenopáusica no puede acceder a este método? ¿Por qué poner como requisito la vida de los óvulos y no la vida productiva de una mujer? Por las lagunas e indefiniciones de la ley no queda claro si las mujeres solteras podrían usar el método de la gestación subrogada (si la premisa es que debe existir un padre biológico) ¿Qué pasa en el caso de un donante anónimo? Lo que es seguro, asegura Martínez Rodarte, es que una pareja de lesbianas no podrán acceder a esta ley.

Para que el hombre participe en el contrato siempre es obligado que él sea fértil y tenga una pareja legal mujer biológica. Es decir un hombre soltero tiene prohibido el acceso a la paternidad por este método.

Martínez Rodarte puntualiza que excluir de la ley a lesbianas y homosexuales es incongruente pues el matrimonio incluyente es un derecho en el DF donde existe legislación que da reconocimiento a hogares alternativos al matrimonio heterosexual, pero en esa nueva ley se le prohíbe a las parejas del mismo sexo que puedan hacer un acuerdo con una mujer para que en su útero se desarrolle un hijo de ellos. La analista añade que independientemente de que no sea positivo que se oculte en la ley que la gestación subrogada sucederá por un contrato en el que se involucra dinero para pagar un servicio, lo fundamental es que la Constitución y las leyes del DF prohíben la discriminación por razones de estado civil y preferencia sexual. Negarles el ejercicio de derechos sexuales y

¹⁰⁷ Martínez-Rodarte, E, ¿Es una ley justa?, julio de 2010 disponible en <http://ivaginaria.wordpress.com/2010/07/28/%C2%BFes-una-ley-justa/>

reproductivos por razones de preferencia sexual, estado civil u enfermedad es un acto claramente discriminatorio y contrario a las leyes vigentes.

La avalancha de críticas acabó frenado la entrada en vigor de la ley, pues el titular del gobierno del DF no expidió el decreto en la gaceta oficial, ejerciendo lo que se conoce como “veto de bolsillo”.

4.3.3. La Iniciativa de Ley de diciembre de 2011^{108/}

El Jefe de Gobierno del DF decidió no promulgar la ley de gestación subrogada por contener algunos vicios inconstitucionales y discriminar a la comunidad homosexual. Nueves meses más tarde, el 17 de septiembre de 2011 y luego de consultar al área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), al Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, remitió una serie de observaciones a la ALDF. Doce días después fueron turnadas a las comisiones unidas de Salud y de Equidad de Género, quienes emitieron un dictamen y a final de cuentas una nueva iniciativa de Ley que modificó en 90% la primera. La nueva iniciativa la cual fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre y subió al Pleno el día 20 de diciembre. Sin embargo no fue aprobada por el pleno debido a una moción suspensiva derivada de problemas de procedimiento y regresó a comisiones.

De acuerdo con González de la Vega (2012), las observaciones remitidas por el Jefe de Gobierno a la ALDF resultan relevantes en tanto que modifican el decreto enviado en tres puntos básicos:

- Incluyen a todas las personas, es decir, el decreto aprobado en diciembre de 2010 (en adelante decreto original) únicamente permitía la subrogación a parejas unidas en matrimonio. El dictamen nuevo permite que cualquier persona acuda a este tipo de reproducción asistida, con fundamento en la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y en la reforma constitucional al artículo 1° publicada en junio de 2011. Además, que se habla de persona gestante. Recordemos que existe la posibilidad de que un hombre se embarace y por ende, pueda ser persona gestante (ver los casos de Scott Moore y Thomas Beattie). Párrafo 274 de la sentencia AI 2/2010: “La decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.”
- Se eliminan las referencias que pudieran resultar en invasiones a la esfera de facultades federales en materia de salud. Ello se hace con fundamento en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 sobre interrupción legal del embarazo en el DF. El dictamen explica “no es su objetivo [de la Ley] definir conceptos que se relacionan con la referencia a órganos y tejidos [materia federal], sino establecer mecanismos para que la técnica de reproducción asistida se lleve a cabo para brindar certeza y seguridad jurídica a las partes que intervengan...” Se remiten al Código Penal los supuestos de interrupción del embarazo que se contemplan en el Decreto, en atención al

¹⁰⁸ En esta parte nos apoyaremos fundamentalmente en el artículo de Geraldina Gonzalez de la Vega, “Ley de para el 2012: ¿Compromiso del PRD?”, 5 de enero de 2012. Véase: <http://vivirmexico.com/2012/01/ley-de-gestacion-subrogada-para-el-2012-compromiso-del-prd>.

principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal y la prohibición de analogía en materia penal.

- Se precisan los conceptos de interés superior del niño y su carácter primordial.

En la nueva iniciativa de ley se incluyen las definiciones siguientes.

Gestación subrogada es el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo.

Instrumento para la es el convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia del embrión o los embriones y, en caso de implantación, el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, en beneficio de una o dos personas solicitantes, quienes manifiestan también su consentimiento para transferir uno o más embriones al útero de la persona gestante.

Personas solicitantes son las personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante un Convenio a contribuir y velar porque el proceso de gestación se lleve a término y a ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que se derivan de la filiación constituida con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la gestación subrogada.

Médico tratante, deberá ser un médico especialista en reproducción asistida que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la gestación subrogada.

Persona gestante es la persona con capacidad de ejercicio que, *sin fines de lucro*, se compromete a permitir la transferencia y eventual implantación de uno o más embriones y a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, momento en que concluye su obligación subrogada.

Las principales características de la nueva iniciativa son las siguientes:

- La técnica de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la autorización de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.
- Los derechos de filiación con el niño o niños que nazcan se producen respecto a la persona o personas solicitantes.
- La deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o los niños.
- La se realizará sin fines de lucro entre las personas solicitantes y la persona gestante.
- Todas las personas involucradas procurarán el adecuado desarrollo del embarazo.

- Es deber del médico tratante y del personal de salud informar a las personas solicitantes y a la persona gestante de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante.
- Se deberán realizar entrevistas con el médico tratante para cerciorarse de la salud de la persona gestante.
- El instrumento para la deberá ser formalizado ante Notario Público.
- El personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, realizará una visita domiciliaria a la persona gestante para comprobar que su entorno familiar se encuentre libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
- La persona gestante no debe haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, y no podrá participar en más de dos ocasiones en la implantación.
- La persona gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponden los derechos y la protección que establecen las leyes.

Procedimiento

Una persona o pareja que desea tener un hijo por medio de la deberá primero buscar a una mujer que desee prestar su útero. La persona gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. De no ser posible, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar de acuerdo con la Ley de Gestación Subrogada.

Las partes deberán acudir con un médico tratante quien deberá certificar, que:

- La persona o personas solicitantes y la persona gestante se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento para la y recibido toda la información necesaria, y
- La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Las personas solicitantes deberán acudir ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo esta práctica. La Secretaría deberá realizar una valoración sobre su estado psicológico para realizar un procedimiento de esta naturaleza —esta valoración no tendrá por objeto disuadirles de la práctica.

Entonces, la Secretaría de Salud deberá expedir una constancia, misma que deberá presentarse ante Notario Público donde las partes formalizarán su consentimiento mediante un Convenio para la que la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal pondrá a disposición.

La persona o personas solicitantes y la persona gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los siguientes requisitos:

I. Poseer capacidad de ejercicio (no ser menor de edad ni persona incapaz);

II. La persona gestante otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, y manifieste su obligación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión, y a concluir su relación subrogada, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo, y

III. La persona gestante cumpla con los requisitos de salud física y mental, tener un hogar libre de violencia y no haber estado embarazada durante los 365 días anteriores o haber participado en dos transferencias.

Una vez que el Notario compruebe que se han cumplido con estos requisitos, las partes deberán manifestar lo siguiente:

I. Que se interviene sin fines de lucro y se respetan la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño;

II. Que la persona o personas solicitantes se harán cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

III. Que la persona gestante acepta que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la persona o personas solicitantes;

IV. Que la persona gestante se obliga a entregar, a la persona o personas solicitantes al o los niños después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento;

V. Que se reconoce el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal;

VI. Podrán establecerse las cláusulas que consideren necesarias para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones, y

VII. Además podrá establecerse la reparación del daño moral y, en su caso, una indemnización suficiente o el pago de daños y perjuicios, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la persona gestante que se derive de ésta práctica, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes.

El Convenio no podrá en ningún caso contravenir los derechos de las partes, mucho menos del niño o los niños. El Notario, además, deberá revisar el Registro que para tales efectos llevará la Secretaría de Salud, para confirmar que la persona gestante efectivamente no ha participado en más de dos

transferencias. El Convenio, una vez suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que lo registre en la base de datos sobre la práctica de la gestación subrogada. Una vez formalizado el Convenio, podrá realizarse la técnica de reproducción asistida que hayan elegido las partes o que recomiende el médico tratante.

Una vez verificado el nacimiento, en el acta las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal respecto al certificado de nacimiento y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la persona o personas solicitantes, en su caso. El parentesco y filiación entre el o los niños nacidos por subrogación materna y la persona o personas solicitantes de ésta práctica será por consanguinidad.

La Ley prevé causas de nulidad del Convenio, responsabilidades y pago de daños y perjuicios, así como un régimen de sanciones por contravención a esa y otras leyes aplicables.

CONCLUSIÓN

Al inicio de este documento mencionamos que el objetivo de la investigación consistía en proveer principios de conducta humana con relación a la gestación subrogada desde un enfoque personalista, utilizando como caso de aplicación el de la Ciudad de México. Luego de analizar en qué consiste ese procedimiento alternativo de reproducción, el marco teórico pertinente y más específicamente el modelo personalista, así como una serie de casos que podrían utilizarse para poner a prueba la legislación en la materia llegamos a las conclusiones siguientes:

1. La gestión subrogada es la práctica mediante la cual una mujer gesta a solicitud de un tercero y al nacer entrega al niño a la pareja o a la persona que le solicitó embarazarse. Es un caso especial de reproducción asistida. El término “gestación subrogada” es más adecuado que todos aquellos utilizados para referirse a esa práctica, ya que refleja la generalidad de los casos: el uso de un vientre ajeno para tener un hijo, independientemente del origen del material genético y del carácter altruista o comercial de la operación.
2. El surgimiento y desarrollo de la gestación subrogada ha desatado álgidas polémicas por sus consecuencias inesperadas y los conflictos morales que genera. Algunas personas la aceptan y otras la rechazan o en su defecto, argumentan la necesidad de regular esa práctica por sus implicaciones sociales, psicológicas, económicas, jurídicas, familiares y humanas, algunas altamente sensibles. El caso es que en todos los casos plantean dilemas éticos generales --la moral detrás de rentar o prestar el útero—otros específicos relacionados con los actos médicos que intervienen a lo largo del proceso. El contrato, la filiación y las consecuencias psicológicas sobre el niño y los otros participantes son también fuentes de problemas éticos.
3. El ámbito natural de análisis de dichos dilemas es la bioética. Dentro de los distintos enfoques de esta disciplina destaca la concepción personalista que considera que la persona humana es lo único que vale en sí mismo y por sí mismo y no en razón de otra cosa; en consecuencia, la realidad de la persona humana es el punto inmediato de referencia moral. Esta concepción ontológica justifica cuatro principios básicos: el valor fundamental de la vida y por lo tanto la defensa de la vida física; el principio de totalidad o principio terapéutico; el principio de libertad y responsabilidad; y el principio de sociabilidad y subsidiaridad.
4. Dichos principios de la bioética personalista derivan y deben encuadrarse siempre en los principios éticos universales, vigentes para todo el mundo, imperativos e inmutables: hacer el bien y evitar el mal; no hacer a otros lo que no queremos que nos hagan a nosotros; no dañar injustamente a nadie y dar a cada uno lo suyo. Los principios formales funcionan como grandes puntos de referencia para una variedad infinita de decisiones. Estas decisiones, sin embargo deben guardar coherencia con los principios formales de *sindéresis*, integridad, proporcionalidad, antrópico, universalidad, virtud, indisponibilidad, imparcialidad, no permisividad, no restricción por negativo y bien común.
5. El *estatus* legal de la gestación subrogada varía según el país. En los Estados Unidos ocho estados permiten los contratos de gestación. En Europa, España, Francia y Holanda están proscritas. Canadá prohíbe la forma comercial pero admite la altruista, en contraste, Bélgica, Georgia, Ucrania, Rusia e India admiten ambas formas. Por lo general las legislaciones nacionales prohíben que el cuerpo humano sea parte de un contrato, independientemente

de la naturaleza y objeto de dicho contrato. Detrás de esa prohibición está la dignidad de las personas y la convicción moral de que el cuerpo humano no es un objeto, un bien, una mercancía que se puede comprar, vender, arrendar, transferir o ceder. En ese contexto un contrato de subrogación no es un instrumento jurídico exigible en un tribunal pues no es más que un simple acuerdo moral.

6. Para responder a la pregunta si la gestación subrogada sería moralmente correcta recurrimos al pensamiento de Kant, a partir del cual concluimos que tanto la madre gestante como los solicitantes incurren en un acto inmoral porque aceptan utilizar a una persona –la madre gestante– como un instrumento al servicio de un tercero. El objetivo final de la gestación subrogada –la crianza y educación de un hijo– es un bien encomiable, pero la obtención de ese bien sólo es posible si se utiliza una persona lo cual está prohibido en la ética kantiana. Lo inmoral del acto no desaparece por el hecho de que la madre gestante acepte voluntariamente participar en los actos involucrados, es decir, sin importar que esté de acuerdo en servir como instrumento. “El fin no justifica los medios”. Al aceptar una persona tener un hijo por encargo de otro, afecta su dignidad.
7. Utilizando un enfoque pragmático y liberal se llega a la conclusión contraria, a saber que la gestación subrogada es moralmente correcta. La mujer que presta o renta su cuerpo estaría en todo su derecho, pues al ser la propietaria, puede usarlo como mejor le plazca desde su propia subjetividad. De igual modo, la conducta de quienes solicitan el embarazo no es éticamente reprochable porque es un acuerdo de voluntades y, en última instancia, le corresponde a la eventual mujer gestante decidir si se embaraza, si aporta material genético o no y la manera de negociar las cosas. Mientras sean decisiones libres y soberanas, ausentes de coerciones, presiones, chantajes, son completamente válidas. Esa conclusión reposa en la suposición de que el embrión no cuenta con racionalidad, ni dignidad, que no es persona y por lo tanto no es sujeta de derechos, por ende no existen obligaciones hacia él.
8. Desde el enfoque personalista el embrión es un ser humano y por lo tanto una persona y, como cualquier individuo, tiene dignidad. En esas condiciones es digno de respeto por el simple hecho de pertenencia a la especie, independientemente de que pueda ejercer en forma total, parcial o no pudiera ejercer alguna de sus capacidades propiamente humanas. De ahí se sigue que el embrión no le pertenece a nadie, en el caso de la gestación subrogada, ni a las personas que aportaron material genético, ni a la mujer gestante ni a la persona o pareja que solicitaron el embarazo. Y como no es parte de la mujer gestante, aún en el caso que hubiere aportado su óvulo, no está en sus manos decidir abortar. Los solicitantes, a pesar de que asumieron todos los gastos de la elaboración del embrión y fueron los promotores del embarazo, tampoco tendrían derecho a solicitar el aborto.
9. La situación del nacido también plantea dilemas específicos. En toda maternidad, normal o subrogada, el niño asume las consecuencias de las decisiones de los adultos. Nadie le pregunta si quiere venir al mundo, ni si desea ser hijo de una pareja, de una madre soltera, de un padre soltero o de una pareja homosexual; de igual modo nadie le pregunta si desea tener dos o tres mamás y más de un papá. Los hijos no escogen a sus padres. Es un lugar común. Sin embargo en el caso de la gestación subrogada el conflicto existencial que enfrenta todo ser humano en algún momento de su vida se hace más complejo y difícil de resolver.

10. Teniendo en cuenta que los solicitantes de una subrogación materna pueden ser parejas o personas solas, heterosexuales u homosexuales, fértiles o infértiles, que pueden aportar su propio material genético o utilizar el de donadores y que la mujer gestante puede ser ajena o pariente, resulta que la cantidad de casos podría ser muy grande. Con base en una combinación *ad hoc* de posibilidades, construimos 14 situaciones éticamente complejas, con el objetivo de poner a prueba la legislación o proyectos de ley en la materia. Al ser considerada dentro del conjunto de técnicas de reproducción humana asistida, la legislación aplicable a la gestación subrogada pretende garantizar el derecho de las personas de procrear. Sin embargo en muchos litigios que involucran subrogación materna, si no es que en todos, los jueces toman decisiones con base en el mejor interés del niño.

11. El 30 de diciembre de 2010 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, que permite a mujeres gestar embriones biológicos de otra pareja sin fines de lucro entre las personas solicitantes y no genera ningún parentesco entre la mujer gestante y el menor nacido. Una lluvia de críticas llevaron al Jefe de Gobierno a suspender indefinidamente la promulgación de la ley y por lo tanto su entrada en vigor. Como la técnica quedó restringida a matrimonios y concubinatos conformados por un hombre y una mujer en capacidad biológica de producir espermatozoides fértiles y óvulos sanos, la comunidad lésbico-gay y otros sectores la consideraron discriminatoria, excluyente, deficiente y contradictoria con las propias instituciones que la Asamblea ya había reconocido, como el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una nueva iniciativa está en análisis en el análisis legislativo.

La aplicación de la técnica que hemos ideado para analizar los efectos de la ley de gestación subrogada en la Ciudad de México y en algunos estados de la República Mexicana se llevará a cabo durante la segunda etapa de investigación en el marco de los estudios doctorales.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revistas científicas

ARÁMBULA REYES A. (2008). Gestación subrogada, Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, México D.F.

BAINS, W. (1989). Ingeniería genética, Alianza Editorial, Madrid.

BEAUCHAMP, T.L Y CHILDRESS, J. Principios de Ética Biomédica, Masson, Barcelona, 1999.

BRENA SESMA, Ingrid. El Derecho y la salud. Temas a reflexionar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

DE SANTIAGO, Manuel (1998). "Una perspectiva acerca de los fundamentos de la bioética", en Casado M. (comp), Nuevos Materiales de Bioética y Derecho, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, Vol. 25, Fontamara, México. 2007.

CLOUSER D. Y GERT B. (1990). A Critique of Principlism, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15:219-236.

DARIO BERGEL S. Bioética y Genética, ¿Qué es la ética?, Buenos Aires, Argentina, 2000.

DELGADO CALVA, Ana Soledad. La Gestación subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, UNAM.

GRACIA, Diego (1989). Fundamentos de Bioética, Eudema, Madrid, 1989.

FERRE, J y MARTÍNEZ DE ARTOLA (1985). Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas. Universidad Navarra, España. p 201

GAMBOA BERNAL, Gilberto (2006). Algunos aspectos éticos de la atención pediátrica, *Persona y Bioética*, volumen 10, número 2, pp. 108-120.

GOMEZ SANCHEZ Yolanda. El derecho a la Reproducción II: la necesidad de definir un estatuto jurídico de la vida humana, Universidad Complutense, España, p 31- 72

GOMEZ SANCHEZ Yolanda. El derecho a la Reproducción III: ámbito de aplicación, fines y principios generales de las técnicas de reproducción humana asistida, Universidad Complutense, España p 77-142

GROS, H y GÓMEZ SÁNCHEZ Y (2006). "Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Granada, España.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal (2001). Inseminación artificial y fecundación *in vitro* humanas, un nuevo modelo de filiación, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México.

HURTADO OLIVER, Xavier (2000). El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?, 2da ed., Porrúa, México.

LEMA AÑÓN, Carlos (1999). Reproducción, poder y derecho, ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid, España.

LEÓN CORREA, F.J. (1992). Dignidad humana, Libertad y bioética, *Cuadernos de Bioética*, número 12, Centro de Bioética, Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 5-22. <http://escuela.med.puc.cl/deptos/Bioetica/Publ/DignidadHumana.html>

LÓPEZ FAUGIER, Irene (2005). La prueba científica de la Filiación, Porrúa, México.

LOZANO BARRAGÁN J. (2004). Consejo para la Pastoral de la Salud; Carta de los Ángeles, Ciudad del Vaticano, febrero, pp. 119-124.

LUCAS LUCAS, R, Bioética para todos, en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4190/755/>

MÁS Díaz, Jorge; GONZÁLEZ Hernández, Julio; COBAS Cobiella, María Elena; GONZÁLEZ Vilalta, Patricia y et. al. Aspectos Éticos y Legales de la Reproducción Asistida, http://www.portalmédico.org.br/include/biblioteca_virtual/des_etico/16.htm, página consultada en marzo de 2011.

MENDOZA GARCÍA (2001), Isidro. Problemática jurídica de la gestación subrogada, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. "Bioderecho", Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998.

MORÁN DE VICENZI, Claudia (2005). El Concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú.

MORO ALMARAZ, María de Jesús (1988). Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España.

RAMOS POZÓN, Sergio (2008). "El Principialismo de Diego Gracia: críticas y alternativas", Fundamentación de la bioética, Universidad de Barcelona. <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/print.php?storyid=232> página consultada en abril de 2012.

REICH, W.T. (1978). "Encyclopedia of Bioethics", The Free Press, New York.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis (1994). Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología, *Criminalia 60 Aniversario*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., Porrúa, México, 1994

RODRIGUEZ MOUROLLO G, Art.15. Derecho a la vida, en comentarios a las leyes políticas. Constitución española en 1978 (2005)

SANTIAGO, Una perspectiva acerca de los fundamentos de la bioética, Bioeticaweb, marzo 2004, <http://www.bioeticaweb.com/content/view/75/742/>

SAGOLS L (2006). Interfaz Bioética, Fontamara, México D.F. 2006. 121 p.

SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001). La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

SCALA, Jorge (2002). Principios falsos y verdaderos de la bioética, Universidad Libre Internacional de las Américas.

SCALA, Jorge (2004), Bioética y derecho, *Persona y bioética*, número 20, pp.35-48

SGRECCIA, E. (1996). Manual de Bioética, México, Editorial Diana

SGRECCIA, Elio (2001). La bioética personalista, en *Vida y Ética*, publicación del Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires, año 2, número 2, diciembre de 2001, pp. 13-14.

TOMAS GLORIA Ma. Y GARRIDO (2006).Cuestiones actuales de bioética, universidad de navarra. España, junio.