



Universidad de Costa Rica

Sede de Guanacaste

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense.

Gloriana Ruiz Murillo

B76872

20 de julio, 2022



28 de junio de 2022
FD-1343-2022

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana
Facultad de Derecho

Estimada señora:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Gloriana Ruiz Murillo, carné B76872 denominado: "La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente en sus responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: "**Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial**".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Marilú Rodríguez Araya
Presidente	MSc. Ana Elena Alvarado Salazar
Secretario	MSc. Marianella Aguirre Rodríguez
Miembro	MSc. Rodrigo Obando Santamaría
Miembro	MSc. Eddy Rodríguez Chávez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **20 de julio 2022**, a las 6:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación



LCV
Cc: arch.

20 de junio de 2022

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Ricardo:

Primero que todo reciba un cordial saludo. Por medio de la presente, me permito hacer de su conocimiento que en mi condición de Directora del Comité Asesor, he aprobado la tesis de la estudiante Gloriana Ruiz Murillo, carné B76872, titulada: **«La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense»**, para poder optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

La resolución la he tomado por cuanto el trabajo de investigación no sólo cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, sino también, porque representa un esfuerzo significativo de investigación, en el tanto aborda con bastante prolijidad un tema controversial y muy actual. El tema de la maternidad por sustitución es una práctica que se normaliza cada vez mas en otras latitudes y es dable pensar que en poco tiempo deberá legislarse en nuestro país. Por ende, indiscutiblemente deviene la importancia de considerar las formas de regulación que se llevan a cabo en otros países, en virtud de la influencia que ellas ejercen como notables referentes jurídico-normativos para el ordenamiento jurídico nacional.

El trabajo tiene el mérito de adelantarse en el análisis y debate que dicho tema involucra, pues constituye una temática que se avizora en el horizonte jurídico nacional próximo. Así las cosas, el presente trabajo tiene la cualidad de poder servir de importante insumo para profundizar en una cuestión de gran actualidad y trascendencia. Las renovadas configuraciones que adopta la familia en el siglo XXI, dan cuenta de la pertinencia de examinar, con la debida responsabilidad, las relaciones filiales desde una perspectiva volitivo-afectiva, como un enfoque epistémico superador de la circunstancia meramente biológica, según opera el modelo de racionalidad tradicional. En este sentido, la investigación citada aporta material valioso para asumir tales discusiones y elabora con pulcritud las diversas posibilidades que la regulación de este fenómeno puede generar para el desarrollo del concepto de familia, que es de prioritaria relevancia dentro de la dinámica social costarricense.

Con mis muestras de consideración,



Prof. Marilú Rodríguez Araya
Directora

Prof. Dr. Ricardo Salas.

Director Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Salas:

Sirva la presente para informarle, en mi condición de lector, que he procedido a leer y revisar el proyecto de tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, propuesto por la estudiante Gloriana Ruiz Murillo, carnet B76872, denominado "La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense".

El proyecto de tesis descrito cumple con todas las exigencias formales y sustantivas que al efecto ha determinado el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Por consiguiente, en mi carácter de lector, extiendo mi aprobación para su correspondiente discusión ante el Tribunal Examinador que se designe.

MSc Eddy Rodríguez Chaves

Lector Comité Asesor

Liberia, 08 de junio de 2022

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado doctor Salas:

Quien suscribe, Rodrigo Obando Santamaría, le saludo con respeto y le informo, en mi condición de lector, que he procedido a revisar detalladamente el proyecto de tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, propuesto por la estudiante Gloriana Ruiz Murillo con carné B76872, cuyo título es *“La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense”*

He analizado el documento final y trabajado los avances en conjunto con la señorita Ruiz Murillo a lo largo de su proyecto de tesis, por lo que estoy convencido que cumple con todas las exigencias formales y sustantivas, que al efecto ha determinado el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Es por lo señalado, que como lector del proyecto investigativo de repetida cita, manifiesto mi aprobación para que sea llevado a discusión ante el Tribunal Examinador que se designe.

Suscribe con muestras de consideración,

RODRIGO GUILLERMO OBANDO
OBANDO
SANTAMARIA (FIRMA)

Firmado digitalmente por
RODRIGO GUILLERMO OBANDO
SANTAMARIA (FIRMA)
Fecha: 2022.06.09 10:56:24 -06'00'

MSc. Rodrigo Obando Santamaría

Lector Comité Asesor

Carta de revisión filológica

Carné colegiado:
Celular:
Número de cédula: 5-0160-0461
Premio Nacional de Educación Mauro Fernández
Correo electrónico:

COLYPRO: 15 681
88 31 71 46
Apdo. 307 (5000)
Premio Omar Dengo (UNA)
minalusa-dra56@hotmail.com

Liberia, 18 de junio del 2022

Facultad de Derecho
Universidad de Cota Rica
Sede Guanacaste

Distinguidos académicos:

Doy fe de haber leído y revisado la tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, intitulada:

“La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense”.

La sustentante es: **Gloriana Ruiz Murillo B76872**

Directora de la tesis: M.Sc. Marilú Rodríguez Araya.

La tesis incorpora las recomendaciones de las competencias: lingüística, estructural, morfológica, orto-tipográfica, sintáctica, semántica y estilística, según las normas gramaticales y ortográficas de la RAE (2010), las cuales se derivan de una minuciosa corrección filológica, por lo tanto, se encuentra disponible para su defensa académica.

Agradezco a la **Universidad de Costa Rica, Sede Guanacaste**, la inestimable oportunidad de ser partícipe en la revisión de estilo de tan valioso insumo académico que, sin duda, fortalecerá el acervo investigativo de tan prestigiosa Institución Superior.

**MIGUEL
FAJARDO
COREA
(FIRMA)** Firmado
digitalmente por
MIGUEL FAJARDO
COREA (FIRMA)
Fecha: 2022.06.18
09:05:00 -06'00'

Lic. Miguel Fajardo Corea

Dedicatoria

La presente investigación la dedico a la nueva etapa que estoy por iniciar tanto en mi vida personal y profesional.

Este ha sido el fruto de la constancia, horas de estudio continuo sobre el tema, así como también del esfuerzo y trabajo conjunto entre mi persona y, las personas miembros del Comité Asesor. Con gran orgullo, realizo este aporte a la investigación, esperanzada de que sea un insumo para lograr la regulación de tan trascendental tema.

Agradecimiento

Agradezco a Dios por haberme dado la fuerza para no flaquear durante todo el proceso de investigación y desarrollo de este trabajo.

A mi misma, por decidir ser valiente y crear esta obra utilizando un tema tan polémico como el que aquí nos ocupa. Superar el miedo y creen en mis capacidades e inteligencia es lo que me hizo llegar hasta aquí; me demostré de lo que soy capaz, pero más importante, que puedo llegar aún más lejos.

Agradezco a mi familia en formación por ser mi nuevo pilar y por apoyarme siempre para salir adelante. Por brindarme amor incondicional y siempre recordarme toda mis fortalezas y virtudes.

Agradezco a mi familia: mi madre, mi padre, mis hermanas y hermanos. Por ser el motor de mi vida y lo que me impulsó a mejorar como persona. Me permitieron conocer emociones indescriptibles; la más importante, el amor.

Agradezco al profesorado involucrado en esta investigación, sin su apoyo, consejo, tiempo y dedicación en cada etapa esta investigación no sería lo que es. Dejaron en mi el amor por la investigación, así como la toma de consciencia en la importancia de regular las nuevas necesidades sociales.

Tabla de contenido

Resumen	v
Introducción	1
Antecedentes.....	1
Justificación	6
Marco Teórico.....	8
Problema.....	14
Hipótesis.....	15
Objetivo General	15
Objetivos Específicos.....	16
Estado de la Cuestión.....	16
Pertinencia social y pertinencia académica	20
Metodología.....	20
Contenido Capituloario	22
Capítulo I: La maternidad por sustitución como técnica de reproducción humana asistida	22
Generalidades de la maternidad por sustitución	22
Implicaciones y posturas en relación con la técnica: ventajas y desventajas de su implementación.....	27
<i>La maternidad por sustitución y su vinculación con el ejercicio del derecho humano a la vida privada y familiar</i>	39
Capítulo II: Formas de adquisición de la filiación en los casos de maternidad por sustitución desde el marco de los principales estudios nacionales e internacionales en la materia	45
Generalidades de la filiación	45
Formas de adquisición de la filiación	48
Situación de Costa Rica en relación con el reconocimiento de la filiación en los casos de maternidad por sustitución	53
Reconocimiento de la filiación en casos de maternidad por sustitución en el campo internacional	54
Corolario.....	79
Capítulo III: El principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación como fundamento legal para el reconocimiento de la voluntad procreacional de los sujetos comitentes que recurren a la maternidad por sustitución como medio para formar una familia	81

A.- La situación jurídica de los sujetos comitentes que recurren a la maternidad por sustitución a la luz del artículo 72 del Código de Familia Costarricense	81
B- Propuesta para incorporar al derecho de familia costarricense, la filiación directa de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución, a la luz de la voluntad procreacional y, el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación	89
Proyecto de ley para la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida, el acuerdo de gestación por sustitución y la filiación	92
Conclusiones.....	106
Referencias bibliográficas.....	109
Cronograma.....	117
Anexo: Entrevista estructurada	118

Resumen

Justificación

La técnica de reproducción asistida maternidad por sustitución – comúnmente llamada vientre de alquiler o maternidad subrogada- por sí sola es un procedimiento novedoso, que se ha implementado y practicado principalmente en los países de primer mundo, con alto desarrollo en el área médica y tecnológica.

Resulta evidente que Costa Rica no está exento de la presencia de este tipo de situaciones, por lo que es importante y necesario que se cree un acervo de investigaciones, jurisprudencia y leyes que desarrollen el tema, en los que se propongan diversas formas de dar solución, regulación y satisfacción al vacío que existe en el país, con el fin de proteger los principios y derechos humanos implicados. Realizar un análisis desde una perspectiva problematizadora – como el que busca desarrollar esta investigación- permitiría coadyuvar a la situación.

Podría convertirse en un insumo para que el órgano legislativo se ocupe de regular esta cuestión y permita que los derechos sexuales y reproductivos de las parejas, el principio de igualdad en los casos en que se incurre a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, así como el derecho a formar una familia, sean tutelados de manera más integral. De esta forma, Costa Rica, estaría a la vanguardia en la protección de estos derechos humanos, reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política costarricense.

Hipótesis

La investigación establece como solución hipotética, una propuesta de ley que tiene como base el principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, así como también el

reconocimiento del ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, y la voluntad procreacional, a fin de que se llene el vacío legal existente en la materia.

Objetivo General

Analizar la situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución, a la luz del artículo 72 del Código de Familia Costarricense y del principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación.

Conclusiones

La investigación brinda un aporte prácticamente completo de doctrina sobre el tema, realizando un análisis exhaustivo de las principales posturas e implicaciones al recurrir a ella; brinda un acervo conceptual vasto que define la gestación por sustitución, y engloba todo lo relativo a ella, llenando con esto los vacíos que presenta actualmente, no solo en la legislación costarricense, sino también en otros países de América y Europa.

Por su parte, tomando en consideración que el problema que se planteó es la evidente discriminación y posibles riesgos ante la falta de regulación, con el planteamiento del proyecto de ley, efectivamente se le dio solución a él, al abarcar puntos trascendentales como los siguientes:

- A diferencia del artículo 72 del C.F, parte de la necesidad de evitar que la discriminación que sufren los sujetos comitentes continúe o se perpetúe en el tiempo. Por el contrario, parte del principio de igualdad en los casos de gestación por sustitución y no discriminación.
- Además, aporta un elemento novedoso; busca dejar de lado el principio “madre siempre es cierta”, al permitir que, en casos donde se ha incurrido a la gestación por sustitución, la mujer gestante pueda ser desplazada de la maternidad legal, emplazándose así, a la persona comitente excluida.

Ficha Bibliográfica

Ruiz Murillo, Gloriana. *La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Guanacaste, Costa Rica. 2022. vii y 120.

Directora: M.Sc. Marilú Rodríguez Araya

Palabras clave: sujetos comitentes, procedimiento de reproducción médicamente asistida, técnicas de reproducción asistida, maternidad por sustitución, maternidad por sustitución altruista, maternidad por sustitución comercial, mujer gestante, padres intencionales o comitentes, voluntad procreadora, filiación, autonomía de la voluntad para los casos de maternidad por sustitución, responsabilidad parental, principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida.

Introducción

Antecedentes

La maternidad por sustitución, aparte de ser un tema polémico en el país, tiene un desarrollo doctrinal e investigativo escaso. A pesar de haberse presentado un caso, en el año 2018¹, aparentemente, este no revistió la importancia suficiente, a efectos de empezar a legislar sobre la materia e, incluso, actualmente, sigue formando parte de la larga lista de temas pendientes por atender en nuestro órgano legislativo.²

Respecto del tema en cuestión, un desarrollo más amplio y exhaustivo se logra encontrar en otras legislaciones, cuando se realiza una labor investigativa sobre derecho comparado. Se logra ubicar una mayor diversidad de situaciones en las cuales la filiación mediante la maternidad por sustitución, se aprobó o denegó, en concordancia con la ideología de los diferentes Estados. Pero, propiamente en Costa Rica, solo se logra encontrar dos estudios referentes al tema.

¹ Ángela Ávalos, “Ley impide inscribir a bebés nacidos de vientres prestados”, *La Nación*, 25 de junio 2018, pág. 7-A

² Con la investigación, se critica también que, en Costa Rica, existe una tendencia a no legislar sobre temas polémicos. Algunos ejemplos claros, fueron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la fertilización in vitro, los cuales, lograron implementarse en el país, gracias a la consulta (en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo), y condena (en el caso de la fertilización *in vitro*), por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el caso en estudio, a pesar de haber registros sobre casos anteriores en el país, como se indica en la nota número tres, la maternidad por sustitución es un tema que ni siquiera ha empezado su discusión, ni en doctrina, ni en jurisprudencia, mucho menos en el órgano legislativo, de ahí que, se cuestione lo siguiente: ¿Debemos esperar otra condena por parte del máximo órgano internacional aplicable a nuestro país, respecto al establecimiento de la filiación en los casos de maternidad por sustitución, o podemos regular por nosotros mismos la situación jurídica, colocándonos a la vanguardia en el reconocimiento del derecho humano a formar una familia?

El primero, es un análisis sobre un proyecto de ley argentino, que proponía la legalización de la técnica de reproducción asistida (de ahora en adelante TRA), aquí estudiada. El encargado de realizar esta labor fue el Centro de Bioética Persona y Familia, de la Biblioteca Monseñor Víctor Manuel Sanabria Martínez en el año 2015³. En su contenido, expone principalmente argumentos en contra de la práctica y razones por las cuales no es viable.

Durante el mismo año y con una posición contraria, se encuentra la tesis para optar por la licenciatura en derecho titulada “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2, del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional”⁴.

A grandes rasgos y como puede derivarse del título, la tesis propone la legalización de la técnica, argumentando los beneficios e importancia de la regulación de ella, ya que, a raíz de la sanción impuesta a nuestro país por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de fertilización *in vitro*, surge la necesidad de ocuparse sobre legislar las otras formas de reproducción asistida.

A su vez, realiza un análisis del contrato por el cual se implementa la maternidad por sustitución, las obligaciones presentes en él y el acto jurídico como

³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Biblioteca Monseñor Víctor Manuel Sanabria Martínez, “Análisis de un proyecto de ley de maternidad subrogada”, última actualización 2015, consultado 31 de agosto, 2020, <http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Publicaciones%20recomendadas/18824.%20%20Centro%20de%20Bio%C3%A9tica.%20%20An%C3%A1lisis%20de%20un%20proyecto%20de%20ley%20de%20maternidad%20subrogada.pdf>

⁴ Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu, “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2, del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional” (tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015).

tal.⁵ La tesis propone un proyecto de reforma, a partir de la experiencia internacional, que abarca cuestiones como registro y filiación de forma generalizada, así como la responsabilidad penal que se puede derivar de la situación jurídica.

Ahora bien, propiamente en lo relativo a resoluciones jurisdiccionales, el desarrollo es también escaso. Dos sentencias son las que tocan el tema, pero debe hacerse una explicación clara sobre cómo lo llevan a cabo. La resolución N° 14503-2018 de la Sala Constitucional⁶, que conoce sobre un recurso de amparo originado a raíz de la técnica de fertilización *in vitro*, en su considerando X, incorpora un comentario que resalta la importancia y necesidad de regular las demás técnicas de reproducción asistida – e, incluso, propone la vía de amparo como medio para exigir las- pues la fertilización *in vitro*, en la mayor parte de los casos, se implementa como etapa previa, cuando se incurre en la maternidad por sustitución como método para lograr formar una familia.

Por su parte, en la resolución N° 7-2014 del Tribunal de Familia de San José⁷, se explica indirectamente el principal motivo por el cual, un sujeto comitente femenino (madre comitente), no puede optar por la filiación directa en los casos de maternidad por sustitución. Esto es, según explica el juez, como resultado de la presunción imperante en nuestro país, según la cual, la mujer que da a luz es la madre biológica.

⁵ Es menester aclarar que, si bien dentro de la investigación se hará mención y alusión al contrato de maternidad por sustitución, no es un punto central ni medular en el desarrollo de ella. Únicamente, se tomará en cuenta por su papel de antecedente dentro de la situación jurídica.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo: voto14503-2018; 31 de agosto 2018, 12:50 horas”, expediente 18-001376-0007-CO

⁷ Tribunal de Familia de San José, “Recurso de Apelación: resolución 7-2014; 8 de enero 2014, 14:47 horas”, expediente 12-400954-1146-FA.

Sin embargo, dicha presunción -para este caso en particular-, no toma en cuenta los avances tecnológicos que en la actualidad permite a la partícipe del parto no ser genéticamente la madre, causándole a la madre comitente, en el caso concreto, una exclusión y consecuente discriminación, violentándose el principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política costarricense.

Ahora bien, el artículo 72 del Código de Familia costarricense, en su párrafo final, permite que, en los casos de fertilización *in vitro*, se excluya al varón donante de material genético de las obligaciones propias de la calidad de padre. Dicho artículo, así como su interpretación literal, es de especial importancia para la investigación, pues unido al marco legal familiar en general, sirve como base para sustentar la transgresión al principio de igualdad, cuando se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y, por ende, la discriminación vivida por los sujetos comitentes.

Esta discriminación versa en lo siguiente:

En primer lugar, que el Código de Familia, así como la legislación costarricense en general, no reconoce ni regula la técnica de maternidad por sustitución. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, tampoco contempla la posibilidad que se recurra e implementen diferentes técnicas de reproducción humana asistida (TRA), las cuales han abierto nuevas posibilidades de establecer la filiación.

Las formas comunes de filiación que se encuentra en el país son la biológica (en procreación y nacimiento de hijos dentro del matrimonio y fuera de él), y la legal (en casos de adopción). Sin embargo, cuando se entra en terreno de técnicas de reproducción asistida y, principalmente, de maternidad por sustitución, la fuente de filiación que se presenta es una de naturaleza socio-afectiva, la cual se fundamenta en la voluntad procreadora de los sujetos comitentes, quienes acuden a la técnica – ejerciendo con esto su derecho a la vida privada y familiar - con el fin de lograr su derecho humano de formar una familia.

En tercer lugar, y en concordancia con todo lo anterior, en los casos en los cuales se acude a la maternidad por sustitución, el principio de igualdad de los sujetos comitentes de ser considerados padres/madres de los menores se violenta, ya que, actualmente, si la mujer gestante (aquella que presta su vientre), no es casada, cuando se presenta el nacimiento de la persona menor de edad, únicamente ella y el padre comitente (en parejas heterosexuales y homosexuales) podrán otorgar su apellido -establecer filiación biológica y legal- con el nacido.

Esto se debe a que, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas – incluyendo la costarricense – como se mencionó supra, se sustentan en la presunción de que quien da a luz es automáticamente la madre del menor, dejando de lado que, al incurrir en las técnicas de reproducción humana asistida, tal como lo indica Varsi Rospigliosi (2017), el establecimiento de la filiación puede versar sobre la voluntad procreadora.⁸

Así, la situación jurídica de, en estos casos madres comitentes (esta es, aquella mujer que encarga a otra, prestar u alquilar su vientre, para la gestación de un embrión), es que, queda excluida – aún en los casos en que ella misma aporte su material genético- de la posibilidad de establecer una filiación directa y socio-afectiva con la persona menor de edad, debiendo recurrir a la adopción para lograrlo. De igual manera, sucede con el padre, en parejas homosexuales, que no apartó su material genético.

Finalmente, en Costa Rica, según nuestra situación jurídica actual, no es posible para los sujetos comitentes hacer prevalecer el principio de igualdad en los casos en que se han incurrido a técnicas de reproducción asistida y su voluntad

⁸ Enrique Varsi Rospigliosi, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista IUS*, No. 39, (2017), consultado 15 de octubre, 2020 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext

procreadora, en razón de la presunción y el vacío legal explicado, de ahí que, gran parte de los casos, son excluidos de los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental, pero además, se logra identificar un elemento discriminatorio pues, como se indicó, el artículo 72 del cuerpo legal de rito, sí permite la exclusión del varón donante de material genético en los casos de fertilización *in vitro*, pero no contempla ni permite la exclusión de la mujer gestante en los casos de maternidad por sustitución, al obviar los elementos propios implícitos en la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Justificación

La técnica de reproducción asistida maternidad por sustitución – comúnmente llamada vientre de alquiler o maternidad subrogada- por sí solo es un procedimiento novedoso, que se ha implementado y practicado principalmente en los países de primer mundo, con alto desarrollo en el área médica y tecnológica. Cada vez, un gran número de parejas – sean homosexuales o heterosexuales - con imposibilidades biológicas o físicas para concebir recurren a dicha técnica con el fin de lograr formar una familia.

En nuestro país no existe evidencia de contratos que versan sobre la maternidad por sustitución, pero lo que efectivamente se ha estado presentando son los nacimientos de personas menores de edad como resultado de la técnica y su posterior inscripción ante el Registro Civil, el cual, ante la falta absoluta de regulación – y de estar sujeto al principio de legalidad- se ha visto impedido para inscribir con los apellidos de los sujetos comitentes, para con los menores, violentándose el principio de igualdad mencionado, que los cobija. Ejemplo de lo anterior es, que la madre comitente debe recurrir a un proceso de adopción.

Resulta evidente que Costa Rica no está exento de la presencia de este tipo de situaciones, por lo que es importante y necesario que se cree un acervo de investigaciones, jurisprudencia y leyes que desarrollen el tema, en los que se propongan diversas formas de dar solución, regulación y satisfacción al vacío que existe en el país, con el fin de proteger los principios y derechos humanos

implicados. Realizar un análisis desde una perspectiva problematizadora – como el que busca desarrollar esta investigación- permitiría coadyuvar a la situación.

Podría convertirse en un insumo para que el órgano legislativo se ocupe de regular esta cuestión y permita que los derechos sexuales y reproductivos de las parejas, el principio de igualdad en los casos en que se incurre a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, así como el derecho a formar una familia, sean tutelados de manera más integral. De esta forma, Costa Rica, estaría a la vanguardia en la protección de estos derechos humanos, reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política costarricense.

Tener claridad sobre la importancia del tema citado es esencial para esta investigación, cuyo propósito es exponer y analizar la situación del país, respecto a la técnica de reproducción asistida (TRA), maternidad por sustitución. Se examina el artículo 72 del Código de Familia, en aras de tratar de establecer una paridad en el trato, tanto para hombres como para mujeres, sobre la técnica de maternidad por sustitución.

La idea es que existe una clara exclusión ocasionada por la figura de la mujer gestante, respecto a los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental, debido al tratamiento que establece el artículo 72 del Código de Familia. No obstante, respecto del varón donante de material genético, en los casos de fertilización *in vitro*, sí se permite tal exclusión, al punto que del cuerpo legal se extrae para lo que interesa: “Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”.⁹

Finalmente, en virtud de lo explicado, la investigación propone – mediante el análisis de los principales estudios nacionales e internacionales en la materia-,

⁹ Asamblea Legislativa, “Ley 5476 Código de Familia: 21 de diciembre, 1973”, artículo 72, par. 3, SINALEVI (consultado 18 de octubre 2020).

una propuesta de incorporación al derecho de familia costarricense, que se ocupe de admitir la filiación directa entre los sujetos comitentes, en aquellos casos donde se recurre a la técnica de maternidad por sustitución.

Marco Teórico

La investigación se desarrollará mediante la utilización de un acervo conceptual, que es de vital importancia definir, puesto que es, de esta manera, cómo deberán entenderse ellos.

En primer lugar, se empezará por la definición de lo que se entiende por sujetos comitentes. Los **sujetos comitentes** son aquellas mujeres y hombres solteros, parejas homosexuales y heterosexuales, que han recurrido a la técnica de maternidad por sustitución, con el fin de lograr su derecho humano de formar una familia, el cual se ha visto imposibilitado por razones físicas o biológicas.

Derecho que se encuentra protegido, en la actualidad, en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como jurisprudencialmente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el célebre caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica.

Ahora bien, debe definirse, además, cuáles son los procedimientos tecnológicos a los que recurren los sujetos comitentes para efectos de lograr formar una familia. Así pues, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), un **procedimiento de reproducción médicamente asistida** se entiende como una “reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante”.¹⁰

¹⁰ Organización Mundial de la Salud, “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive

Como se observa, el concepto explicado incluye las **técnicas de reproducción asistida**, que se entiende como aquellos procedimientos mediante los cuales la reproducción (unión de gametos y fecundación), se logra a través de una serie de mecanismos quirúrgicos y no propiamente por medio de actos reproductivos naturales, de manera específica, el mantener relaciones sexuales coitales.

A raíz de la existencia de parejas que presentan una imposibilidad para concebir, sea por motivos biológicos o físicos, las TRA han adquirido mayor demanda, debido a que son un medio que garantiza la formación de una familia. Dentro de las técnicas más comunes y utilizadas están **la Fertilización *in Vitro*, la Inseminación Artificial y la Maternidad por Sustitución.**

Centrados propiamente en el objeto de la investigación, es importante resaltar que, dos de estas técnicas, cuando es necesario, se suelen desarrollar en conjunto, sea la fertilización *in vitro* y la maternidad por sustitución.

Según Manuel José Moreno, **la maternidad por sustitución** “consiste en el embarazo de una mujer con el objeto de engendrar y dar a luz un niño que será criado como propio por una pareja o por una persona soltera”¹¹y, a su vez, presenta dos modalidades.

La primera se conoce como **maternidad por sustitución altruista**, en la cual, la mujer que presta su vientre, lo hace movida por un sentimiento de ayuda y solidaridad con la pareja comitente, sin embargo, esta modalidad es altamente

Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”, última actualización noviembre 2009, consultado 28 de septiembre 2020, https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

¹¹ Manuel José Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, No. 116, (2015): 22, consultado 31 de agosto, 2020, <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516>

cuestionada, debido a que posee muchas lagunas y portillos, los que no se encuentran delimitados, con claridad.

La segunda, es la **maternidad por sustitución comercial**; esta tiene como base la concertación de un contrato – con todos los requisitos de validez y eficacia- de alquiler de vientre, cuyas obligaciones principales son la entrega de la persona menor de edad, una vez nacida, a cambio de una retribución económica que cubre los gastos de embarazo.

Por su parte, Michelle Hernández y Alejandra Álvarez definen la maternidad por sustitución como:

un tratamiento derivado de la técnica de Fertilización In Vitro. Dicho tratamiento reside, a grandes rasgos, en implantar en el útero de una mujer determinada un embrión “ajeno” en razón de acuerdo realizado entre ella y otra parte. La mujer se compromete a llevar a buen término dicho embarazo, con la condición de que el producto del mismo (sic), es decir, el niño o niña que nazca, será entregado a quienes, de manera previa y por mutuo acuerdo, se han obligado a ejercer la autoridad parental sobre el menor.¹²

Ya sea de forma altruista o comercial, dentro de esta técnica los sujetos partícipes del contrato o acuerdo de gestación son, la **mujer gestante**, que es aquella “que acepta quedar embarazada”¹³ de forma voluntaria y los **padres intencionales o comitentes**.

¹² Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu, “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional” (tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015), 19.

¹³ Manuel José Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, No. 116, (2015): 22, consultado 31 de agosto, 2020, <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516>

Estos últimos “son quienes desean tener un hijo y recurren a una mujer para que se quede embarazada”.¹⁴ A estos padres se les da el nombre de intencionales, en virtud de la llamada **voluntad procreadora**, la cual es aquella cuya base es el predominio del querer ser padres y es aplicable a todos los procesos de filiación en general, teniendo un mayor peso, cuando se recurre a las TRA.

La filiación es aquel vínculo – biológico y legal – que une a padres e hijos y les otorga la calidad de tales. Pero también, dentro de la investigación se hace referencia a un **vínculo socio-afectivo**, el cual se debe entender de la siguiente manera: en relación con la parte social, se une al concepto clásico, mediante el cual, se busca identificar la posición notoria de estado externa, es decir, que en el círculo social del niño o niña, se conozca a los presuntos padres (sujetos comitentes), y se afirme que efectivamente lo son.

Por otra parte, en relación con el vínculo afectivo, se parte de una posición de estado interna, mediante la cual, los presuntos padres se reconocen voluntariamente a sí mismos, como los verdaderos padres de los menores, medie o no, vínculo genético (como en los casos de adopción), así como también, a partir de los lazos emocionales y afectivos que se formen entre estos y los menores, de manera tal, que los niños y niñas sean capaces de reconocerlos como sus padres.

Para Varsi Rospigliosi (2017), la **voluntad procreadora** como fuente de filiación referida a los casos de maternidad por sustitución

[...] es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis (ADN), sino en la voluntad. La filiación por

¹⁴ Manuel José Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, No. 116, (2015): 22, consultado 31 de agosto, 2020, <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516> .

técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de la filiación.¹⁵

Se puede afirmar, entonces, que, en lo referente a la técnica en estudio, la voluntad procreadora se nos presenta como la especie, siendo su género, la autonomía de la voluntad. Sin embargo, para los efectos del tema en estudio, debe proponerse, necesariamente, un concepto propio de autonomía de la voluntad. Lo anterior, en razón de que, en nuestra doctrina, sobre todo, tiene primacía el concepto de derecho civil, es decir, la autonomía de la voluntad encaminada principalmente a la concertación de negocios jurídicos, cuestión que en materia familiar es improcedente e inadecuado.

Es por esto que, unida al concepto de Rospigliosi, se propone, el siguiente concepto de **autonomía de la voluntad para los casos de maternidad por sustitución**. Tal concepto, puede entenderse como aquella decisión perteneciente a la vida privada y familiar, en la cual existe la intención informada, libre y expresamente manifestada, de una persona o una pareja, sea homosexual o heterosexual, de querer ser padre/madre o padres, biológicos, genéticos o no, quienes encomiendan a una mujer -cuya aceptación debe ser informada, libre y expresamente manifestada- para llevar a cabo la gestación de una persona menor de edad, en razón de que, los primeros, sea por motivos físicos o biológicos, están imposibilitados para formar una familia. Recurriendo a las TRA para lograrlo, radicando aquí su voluntad procreacional.

Al ser una nueva fuente de filiación, de la voluntad procreacional, se derivan también los derechos y obligaciones de la **responsabilidad parental**, que puede

¹⁵ Enrique Varsi Rospigliosi, "Determinación de la filiación en la procreación asistida", *Revista IUS*, No. 39, (2017): 4 consultado 15 de octubre, 2020. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext

definirse como aquel conjunto de deberes que tienen los padres para con sus hijos, que incluye la guarda, crianza y educación, así como lo relativo al establecimiento de vínculos afectivos. Como se observa, la investigación utiliza el término “**responsabilidad**” y no “**autoridad**” como suele conocerse, por lo cual, debe hacerse una diferenciación entre los conceptos para, posteriormente, establecer la razón por la cual se sustituye el término autoridad.

Así pues, Estela Tobón (2015), define **autoridad parental**, como aquella figura que no solo regula las relaciones patrimoniales de los menores, sino también las relaciones personales que este tenga, formando un vínculo que perduraría incluso hasta después de la emancipación del menor.

Por su parte, **la responsabilidad parental**, entre los requisitos que define Nora Lloveras (citada en Blanco Villalta), parte del reemplazo de dicha capacidad de corrección, que postula el término autoridad, por un deber de educación y formación para el menor, tomando en cuenta la capacidad de desarrollo mental progresiva de este. La mencionada diferencia conceptual, se debe a la reforma que implementará el nuevo Código Procesal de Familia Costarricense, una vez entre a regir.

En Costa Rica, **la voluntad procreacional**, si bien no se encuentra regulada explícitamente, se deriva de la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho del artículo 72 del Código de Familia, de tal suerte que existe jurisprudencia que ha señalado lo siguiente: “para que, a pesar de la ausencia de un vínculo biológico, se pudiera mantener legalmente una filiación que no correspondía con la biológica”.¹⁶

Sin embargo, a pesar de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho del concepto filiación, en lo que respecta a la literalidad del artículo 72 párrafo final

¹⁶ Tribunal de Familia de San José, “Recurso de Apelación: resolución N° 01036 – 2015; 18 de noviembre 2015, 9:58 horas”, expediente 13-001372-0364-FA.

del Código de Familia, si bien posibilita la exclusión de varones donantes de material genético en casos de fertilización *in vitro*, desafortunadamente existe un vacío legal con respecto a la maternidad por sustitución y la filiación en estos casos, en virtud de la presunción fundada en que “la mujer partícipe del parto es la madre del niño o niña”.

De esa manera, la mujer gestante no puede ser excluida de los derechos y deberes de la responsabilidad parental y, en consecuencia, los sujetos comitentes son discriminados y su voluntad procreacional obviada. Esto último, desemboca, por consiguiente, en que el **principio de igualdad**, en estos casos que los ampara, es violentado. Esa situación genera que deban recurrir a procesos como la adopción para poder establecer la filiación, aun en los casos en que ellos mismos aportaran su material genético, por medio de variados trámites burocráticos.

Es por lo expuesto, que finalmente, la investigación propone un concepto propio del **principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida**, como medio para formar una familia.

Entendiéndose como el derecho de los sujetos comitentes, en igualdad de condiciones y sin distinciones por razones de raza, sexo, orientación sexual, religión e imposibilidad para procrear, a ser considerados padres/ madres de las y los menores de edad, que han nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, en el ejercicio de su vida privada y familiar, la voluntad procreacional y el derecho al acceso a la tecnología como medio para lograr formar una familia.

Problema

Al analizarse la situación jurídica del país, que gira en torno a la maternidad por sustitución, se identificó un vacío legal que causa un perjuicio, exclusión y discriminación a los sujetos comitentes. Por consiguiente, en la presente investigación se identifica como problemática, que la redacción del artículo 72 del Código de Familia como marco regulatorio principal para el establecimiento de la filiación, es omiso, y por ende, violatorio del principio de igualdad, en los casos en

que se ha recurrido a técnicas de reproducción humana asistida y no discriminación por cuanto no contempla que la base para el establecimiento de la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRA), es la voluntad procreadora de los sujetos comitentes en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

De esa forma, se excluye a los sujetos comitentes de los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental, al presumir que la partícipe del parto es la madre biológica y genética del menor, aunque en los casos de fertilización en vitro, sí se admite la exclusión del varón donante de material genético.

Hipótesis

Tomando como punto de partida la problemática expuesta, la investigación establece como solución hipotética, una propuesta de ley que tiene como base el principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, así como también el reconocimiento del ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, y la voluntad procreacional, a fin de que se llene el vacío legal existente en la materia.

Se propone conceptos propios relativos a la maternidad por sustitución, coadyuvando con esto, a que se reduzca, a su vez, la carencia doctrinaria que impera en nuestro país respecto al tema en estudio. Delimitando a los sujetos partícipes y estableciendo claramente las condiciones bajo las cuales el acuerdo podrá ser lícito para llevarse a cabo, se pretende, entonces, que se logre el establecimiento de la filiación entre los sujetos comitentes y las personas menores de edad nacidas a través de la maternidad por sustitución, así como la consecuente exclusión de la mujer gestante.

Objetivo General

Analizar la situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución, a la luz del artículo 72 del Código de Familia Costarricense y del principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación.

Objetivos Específicos

1.- Analizar la maternidad por sustitución como técnica de reproducción humana asistida, sus implicaciones y tratamiento.

2.- Examinar las formas de adquisición de la filiación en los casos de maternidad por sustitución, en el marco de los principales estudios nacionales e internacionales en la materia.

3.- Desarrollar el principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación como fundamento para dotar de reconocimiento legal a la voluntad procreadora de los sujetos comitentes, que recurren a la maternidad por sustitución como medio para formar una familia.

Estado de la Cuestión

El tema en estudio genera polémica en países donde la técnica está expresamente prohibida, pero se utiliza, a pesar de ello. Del tema que nos ocupa, se extrae en concreto las siguientes posiciones relevantes: Una en total oposición a la maternidad por sustitución, justificando que esta conlleva una serie de implicaciones éticas y jurídicas que se pasan por alto.

Algunos de los principales argumentos que contemplan las mencionadas implicaciones son: la cosificación de la mujer gestante, así como su despersonalización al tomar un rol de “incubadora”.

Las posibilidades de explotación para la posible mujer gestante, si esta se encuentra en una condición de vulnerabilidad, la mercantilización del cuerpo humano, así como también del niño que se gesta, pues este suele equipararse al producto del contrato. Los vínculos filiales y emocionales que se forman cuando hay varios sujetos partícipes (donantes de espermatozoides u óvulos, padres intencionales, prestadoras de vientres, etc.).

La segunda, propugna más bien, por la implementación de la técnica, abogando por la importancia que tiene para los Estados de América Latina regular las otras formas de TRA.

Por último, una posición realista que únicamente se centra en la situación y propone cómo debe manejarse el tema de la filiación en las circunstancias que nos ocupan, esto es, como consecuencia de una TRA como lo es la maternidad por sustitución.

Dentro de la primera categoría, la doctrina española lleva la delantera pudiéndose encontrar gran cantidad de estudios que cuestionan la práctica, desde las implicaciones morales y éticas que esta conlleva, tal es el caso de la investigación realizada por Manuel José Moreno Pueyo (2015), titulada *“Maternidad subrogada y prestación de maternidad”*.

En ella, desarrolla casos reales que fueron conocidos por los tribunales españoles, explicando con detalles la razón por la cual se rechaza la filiación, es con motivo de la ley española, que expresamente prohíbe la técnica de maternidad por sustitución, además, su trabajo define conceptos importantes sobre el tema en estudio.

Dado que el país ibérico es uno de los principales desarrolladores de doctrina, bajo la misma posición, se encuentra el estudio de Roberto Germán Zurriarán (2019), titulado *“La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”* En ella expone las principales objeciones éticas y jurídicas en torno a la maternidad por sustitución y las implicaciones invisibilizadas que esta conlleva.

Sin embargo, una de las investigaciones más importantes es la realizada por Laura Nuño Gómez (2016), titulada *“Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”*. Si bien, continúa como una tesis en contra, desarrolla su investigación desde una óptica novedosa, en comparación con los estudios que se han mencionado, pues explica la maternidad por sustitución como un fenómeno mercantil, que se rige por la ley de oferta y demanda, y que pone a disposición el

cuerpo de la mujer como objeto de consumo, crítica que realiza desde la óptica del feminismo moderno.

Propiamente en América Latina, el desarrollo doctrinal sobre esta materia es escaso, a pesar de que, en países como México, Chile y Brasil, la técnica es legal, aunque con sus reservas. En Costa Rica, se encuentra bajo una situación similar, es decir, se logra encontrar muy poco material bibliográfico respecto al tema, lo que se debe, en gran parte, a que la técnica no está regulada, aunque tampoco expresamente prohibida.

Con una posición contraria, y dentro de lo poco que se logra encontrar, se halla el análisis realizado por el Centro de Bioética Persona y Familia de la Biblioteca Monseñor Víctor Manuel Sanabria Martínez (2015), titulado *“Análisis de un proyecto de ley sobre maternidad subrogada”*. En dicho estudio se realiza un análisis de un proyecto de ley argentino que buscaba legalizar la práctica, al cual procede a hacerle una serie de críticas.

La mayoría de los estudios que se encuentran sobre el tema en investigación desacreditan la técnica, por lo que la forma más viable para desarrollar una postura a favor, o de regulación y legalización, es mediante el análisis del derecho comparado, es decir, estudiar cómo están regulando los diversos países dicho procedimiento, para así establecer una serie de criterios comparativos que funjan como base para realizar una propuesta de incorporación, orientada al logro del establecimiento de la filiación para el caso en estudio.

El trabajo de investigación realizado por Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu (2015), titulado *“Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional”*.

Se trata de una tesis que propone la legalización en Costa Rica de la maternidad por sustitución, teniendo como base la sentencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos sobre fertilización in vitro hacia nuestro país. La propuesta la realizan tras un estudio detallado de las formas en que los países latinos y Estados Unidos la han abordado.

Por su parte, otra tesis que propugna la legalización de la práctica es la realizada por Paola Vanessa Anchapaxi Chango (2017), titulada *“Análisis Jurídico Social de la Reproducción Humana Médica Asistida por el procedimiento de Fecundación In-vitro y los vacíos legales en los contratos de vientre de alquiler”*. El estudio, analiza el contrato de maternidad por sustitución desde el derecho civil peruano, así como sus elementos de validez – prácticamente los mismos que en la legislación costarricense- y también, al igual que su precedente, introduce el derecho comparado como antecedente a efectos de lograr su regulación.

Es importante señalar que, si bien ambos estudios no trabajan de forma directa el tema de la filiación en los casos de maternidad por sustitución, ni mucho menos la situación jurídica de los sujetos comitentes, sirven como antecedente doctrinal y como marco de referencia para el tema, específicamente, sobre la complejidad que la técnica engloba, así como la importancia de darle regulación por parte de los Estados. Además, suma importante material bibliográfico que sirve de base para la propuesta de incorporación que la presente investigación propone, a partir de los principales estudios nacionales e internacionales en la materia.

Ahora bien, a pesar de no ser un estudio reciente de la materia, la Ley chilena N° 19.585 de 1998, se configura como el principal antecedente latinoamericano en regular la filiación como consecuencia del sometimiento a una técnica de reproducción asistida. En su artículo 182, dicha ley reformó por completo la legislación de Chile, en relación con la filiación.

Por último, desde una posición alejada de la controversia, la tesis de Zuar Joas Daniel Villareal (2017), titulada *“La determinación de la filiación biológica, en la maternidad subrogada, en su variante heteróloga”* y el estudio de Enrique Varsi Rospigliosi (2017), titulada *“Determinación de la filiación en la procreación asistida”*,

se centran principalmente en explicar los conceptos de filiación y cómo esta se otorga en los casos de maternidad por sustitución, propugnando como fuente principal a la voluntad procreadora de los padres comitentes.

Pertinencia social y pertinencia académica

La investigación, al tomar en cuenta la realidad que presenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico en materia de técnicas de reproducción humana asistida, determina – tal como se indica como problemática - un vacío legal que el Código de Familia presenta en relación con la maternidad por sustitución, lo cual genera una vulneración y transgresión al derecho de formar una familia para los sujetos comitentes, pues no toma en cuenta la forma de filiación en las TRA.

Por esta razón, la investigación busca llenar el mencionado vacío - radicando ahí su principal aporte a este sector minoritario de la población costarricense –, por medio del planteamiento de una propuesta de incorporación (Proyecto de ley), a la legislación familiar costarricense, con el fin que se logre establecer la filiación directa entre la persona menor de edad y los sujetos comitentes; cuya base teórica se funda en la voluntad procreacional, desde el marco del principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, a fin de que los sujetos comitentes puedan establecer un vínculo afectivo y filial con su hija o hijo, lo cual reviste mucho mayor relevancia para la vida de un ser humano, que el aspecto meramente biológico, tal y como lo demuestra la experiencia.

Metodología

Como se ha venido indicando, el presente trabajo investigativo realiza una propuesta de incorporación, la cual tomará forma, a partir de los siguientes recursos:

En primer lugar, la información se recabará utilizando principalmente medios electrónicos, puesto que, al tomar en cuenta el contexto actual en el que se desarrolla (una pandemia), se evita el traslado a bibliotecas localizadas en otras

regiones, en busca de material físico, ya que esto representa un eventual riesgo de contagio.

Ahora bien, en segundo lugar, se utilizará como sustento material mayoritariamente revistas científicas, sociales y jurídicas, puesto que han sido las que llevan la delantera en la materia. De no ser por esta clase de sustento bibliográfico, no se logra encontrar en libros o materiales más exhaustivos, obras relacionadas con la maternidad por sustitución.

Secundariamente, el otro tipo de material de apoyo que utiliza la investigación son tesis realizadas por estudiantes nacionales y extranjeros, así como también, leyes y jurisprudencia internacional que regulan la situación jurídica.

El tercer punto importante por destacar, es que la totalidad del material utilizado es propio de otros países, ya que Costa Rica, como se ha venido demostrando, no cuenta con doctrina ni jurisprudencia relacionada con el tema.

Como puede observarse, la investigación es de tipo cualitativa, ya que únicamente se sostiene del estudio de material bibliográfico, leyes y derecho comparado para plantear su propuesta.

En el caso en particular, se prescinde de otras herramientas, tales como la entrevista a expertos, puesto que – se reitera – al estar Costa Rica rezagado en la materia, actualmente, los profesionales (sean abogados, jueces o escritores), no cuentan con la capacitación suficiente para ser considerados expertos en el tema que nos ocupa.

Finalmente, con esto se intenta plantear la propuesta de incorporación (Proyecto de ley), a fin de llenar el actual vacío legal y doctrinal relativo a la maternidad por sustitución y proteger con esto el principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, el derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a formar una familia.

Contenido Capitulario

Capítulo I: La maternidad por sustitución como técnica de reproducción humana asistida

Antes de entrar en el contenido del presente apartado, cobra especial importancia realizar una aclaración previa. A partir de los estudios realizados, principalmente por Eleonora Lamm, se aclara que la denominación correcta para esta figura es la de “gestación por sustitución”, concepto más preciso, porque se enfoca en destacar que lo que se “sustituye” es propiamente el *acto de gestar y dar a luz* a la persona menor de edad. El término “maternidad”, por su parte, es más amplio, pues abarca la gestación, el parto y la crianza del niño o niña.

No obstante, en este trabajo de investigación se utiliza el concepto de maternidad, por sustitución como base – y se continuará utilizando-, debido a que el fenómeno en estudio es ampliamente conocido bajo dicha terminología.

Generalidades de la maternidad por sustitución

En la práctica, la maternidad por sustitución es catalogada dentro de los procedimientos de reproducción médicamente asistida, de manera específica, como parte de las técnicas de reproducción asistida (TRA). Sin importar sus diferentes formas y modalidades – las cuales se explicarán más adelante –, suele implementarse acompañada de la técnica fertilización *in vitro* y/o inseminación artificial, produciéndose así la unión de gametos y posterior fecundación.

La unión de gametos se produce cuando el gameto masculino (espermatozoide), penetra en el gameto femenino (óvulo), mientras que la fecundación se produce cuando el óvulo se implanta en el útero y continúa el normal proceso de gestación del embrión.

Ahora bien, propiamente, en relación con el tema, Manuel Moreno explica que la maternidad por sustitución “consiste en el embarazo de una mujer con el

objeto de engendrar y dar a luz un niño que será criado como propio por una pareja o por una persona soltera”.¹⁷

Por su parte, para Noelia Igareda, “se puede entender como una nueva forma de filiación, como resultado de un acuerdo reproductivo entre los padres comitentes y la gestante”.¹⁸ A criterio de la autora, se encuentra en presencia de un acuerdo reproductivo con carácter colaborativo entre las partes partícipes, quienes ejercitan su derecho a la reproducción.

Para Busquets y Armelles, es la que resulta:

de la transferencia de embriones obtenidos a partir de los gametos de las personas que quieren ser padres, a una mujer con la que se firma un contrato civil, según el cual, esta renuncia a su maternidad y entrega al niño a otras personas que quieren convertirse en sus padres desde el punto de vista legal.¹⁹

Por su parte, en el estudio realizado por Notrica y otros (2017), se concuerda con otros autores en que, el término “maternidad por sustitución” es erróneo y que en su lugar debe optarse por “gestación por sustitución”, ya que, en esta técnica, la madre gestante carece de voluntad procreacional, es decir, su intención es solo gestar, no ser la madre de la persona menor. Además, señala que con el surgimiento de la técnica el principio “*mater semper certa est*” (madre siempre es cierta), se vuelve insuficiente ante las nuevas tecnologías reproductivas.

¹⁷ Manuel José Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, No. 116, (2015): 22, consultado 31 de agosto, 2020, <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516>

¹⁸ Noelia Igareda, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de bioética y derecho*, No. 44, (2018): 65 consultado 26 de enero, 2021, <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00057.pdf>

¹⁹ Josep Busquets y Merce Armelles, “Sobre la gestación por sustitución”, *Revista Tribuna abierta del Instituto Borja de Bioética*, No. 82, (2017): 9 consultado 27 de Agosto, 2021 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6260207.pdf>

Finalmente, para Valero Heredia “consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica”.²⁰

Como puede observarse, las conceptualizaciones previamente expuestas propugnan por el adecuado uso conceptual de la técnica y destacan la participación de al menos tres personas en ella.

En primer lugar, las personas comitentes y, en segundo lugar, la madre gestante. Los primeros, son quienes tienen el deseo de convertirse en padres y, por ende, asumirán este rol, ya sea que se trate de parejas heterosexuales, homosexuales o personas solteras. A su vez, son quienes recurren a la técnica y los encargados de realizar el acuerdo con la mujer gestante.

Castillo, los define como “la persona (s) que solicita (n) a otra la gestación de un niño por él (ella, ellos), con la intención de tener la tuición sobre él, luego del nacimiento y para criarlo como propio. Dicha(s) persona(s) puede (n) o no estar genéticamente relacionadas con el niño nacido como resultado del Acuerdo”.²¹

La mujer gestante es aquella que acepta el acuerdo y, por ende, llevar a cabo el embarazo mediando o no, retribución económica de por medio. “La mujer que

²⁰ Ana Valero Heredia, “La maternidad subrogada un asunto de derechos fundamentales.” Revista Teoría y realidad constitucional, No. 43, (2019): 421 consultado 29 de enero, 2021, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6933158.pdf>

²¹ María E. Castillo, “La Necesidad de Normativizar Aspectos Centrales de la Gestación por Sustitución Transfronteriza en el Ámbito Interamericano.” https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf

acepta gestar un niño (o niños) en lugar del (los) padre(s) pretendiente(s) y renuncia sus derechos paternales luego del nacimiento”.²²

Es importante señalar sobre este punto, que actualmente no hay acuerdo, ni en doctrina ni en legislación, sobre aceptar que la mujer gestante tenga o no vínculo de parentesco con algún comitente y, además, se le pague por ello. Existen legislaciones donde se prohíbe (justificándose en que lo que se busca evitar es el incesto), y otras donde se incentiva, sin que medie retribución económica, a fin de asegurar que el acto no se vuelva un negocio lucrativo para la mujer gestante, o el país se convierta en un centro de turismo reproductivo.

Se entiende que, el turismo reproductivo se presenta cuando personas extranjeras visitan un país con el único fin de contactar mujeres y/o empresas que accedan a someterse a la técnica. Es una práctica muy cuestionada desde la moral y lo jurídico, y es controversial acerca de la utilidad o no que implicaría su regulación; aspecto que se desarrollará más adelante.

Ahora bien, en torno al tema de la gestación por sustitución, se encuentran distintas perspectivas de análisis, según sean: variantes (al ser parte de las TRA), modalidades y formas de gestación.

²² María E. Castillo, “La Necesidad de Normativizar Aspectos Centrales de la Gestación por Sustitución Transfronteriza en el Ámbito Interamericano.” https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/cursos_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf

a.- Variantes

Rospigliosi explica que si la técnica de reproducción asistida se realiza “con el material genético de los cónyuges —o convivientes— se denomina *homóloga*; si es con material de terceros (cedentes) o por maternidad subrogada, se denomina *heteróloga*”.²³

A pesar de esta distinción, se pueden presentar casos en los cuales la gestación por sustitución se lleva a cabo únicamente con el material genético de los padres comitentes, o bien, con el de donantes o la propia mujer gestante, por lo que estas otras situaciones entrarían en las categorías *homólogas* o *heterólogas*, dependiendo del caso concreto.

b.- Modalidades de gestación

Doctrinariamente, se distingue entre *tradicional* y *gestacional*. Según Ávila Hernández, en la modalidad tradicional “la gestante aporta tanto la gestación como su material genético. En este caso, la mujer comitente no posee vínculo genético con el niño”.²⁴ Por su parte, en la gestacional, “la gestante aporta únicamente la gestación”.²⁵

c.- Formas de gestación

La primera se conoce como maternidad por *sustitución altruista*. En ella, la mujer que presta su vientre, lo hace movida por un sentimiento de ayuda y solidaridad con la pareja comitente, sin embargo, esta modalidad es altamente

²³ Enrique Varsi Rospigliosi, “Determinación de la filiación en la reproducción asistida.” *Revista IUS*, No. 39, (2017), consultado 15 de octubre 2020 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext

²⁴ Carlos Javier Ávila Hernández, “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Revista Cuadernos de Derecho Actual*, No. 6 (2017): 317 consultado 24 de enero, 2021, <http://www.cadernosdederechoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/101/124>

²⁵ *Ibid*, p. 317.

cuestionada, debido a que posee muchas lagunas y portillos que no se encuentran claramente delimitados.

La segunda, es la maternidad por *sustitución comercial*, esta tiene como base la concertación de un contrato – con todos los requisitos de validez y eficacia- de alquiler de vientre, cuyas obligaciones principales son la entrega de la persona menor de edad, una vez nacida, a cambio de una retribución económica que cubre los gastos de embarazo.

Implicaciones y posturas en relación con la técnica: ventajas y desventajas de su implementación

Al realizarse la labor investigativa relacionada con la maternidad por sustitución se hace evidente que se está en presencia de un tema muy controversial en el que hay posiciones en contra – la gran mayoría – algunos a favor y otra, de índole realista que se desarrolla en la investigación. Esta última se centra en la situación bajo estudio y propone cómo debe manejarse el tema de la filiación en las circunstancias que nos ocupan.

Es importante destacar que, en Costa Rica, debido a que el tema no ha sido tocado ni en doctrina, jurisprudencia y normas, los estudios que existen en relación con este tema son totalmente escasos. El Centro de Bioética Persona y Familia en el año 2015 realizó un breve escrito, en el cual analiza un proyecto argentino que promovía la legalización de la técnica. No obstante, la Institución señala con argumentos bastante escuetos las razones por las cuales debería mantenerse como una práctica prohibida.

Analizar un tema muy polémico social y políticamente, demanda organizar con rigor los diversos y más destacados planteamientos sobre la materia, por lo que se procederá entonces con el desarrollo de los principales argumentos en contra para, posteriormente contrastarlos con aquellos propuestos, por quienes están a favor y, finalmente, la posición que promueve la investigación.

1.- Criterios en contra

Uno de los primeros argumentos es la cosificación de la mujer gestante. Para gran parte de los autores que comparten esta corriente hay una degradación de la mujer, la cual pasa a ser vista como una “incubadora”, una “máquina de engendrar”, a la cual se le priva de su dignidad.

Laura Nuño Gómez (2016), destaca que hay una mercantilización del cuerpo de la mujer, se pone al servicio de la creciente oferta y demanda que gira en torno a la maternidad por sustitución. Para ella, el mercado se está encargando de hacer ver el deseo de tener hijos como un derecho, cuando es solo eso, un deseo.²⁶

Ahora bien, desde esta posición feminista critica el “baby business”, es decir, el mercado que se creó en torno a la maternidad por sustitución y cómo este se ha visto beneficiado de la brecha económica y de desigualdad social, que afecta principalmente a las mujeres.

Paradójicamente, ante este pronóstico, adquieren protagonismo demandas que se articulan como supuestos “derechos” de las mujeres, como la regulación de los “vientres de alquiler” o de la prostitución. Prácticas, ambas, muy lucrativas que simbolizan la desigualdad sexualizada, ponen el cuerpo, la capacidad reproductiva y la salud de las mujeres a disposición del mercado y garantiza la prerrogativa histórica de acceder, controlar y explotar la sexualidad o la reproducción femenina.²⁷

²⁶ Sobre esta posición en particular y la discusión que gira en torno al concepto de familia y si el tener hijos o hijas es un derecho o un deseo, la M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón indicó, a modo de crítica, en entrevista realizada, que previo a catalogarlo como derecho o deseo, primero deben realizarse una serie de precisiones conceptuales, a efectos de determinar cuál es el concepto de familia que se está entendiendo y, si bajo este concepto se incluye siempre el derecho a procrear o no.

²⁷ Laura Nuño Gómez, “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”. *Revista de Filosofía moral y política*, No. 55, (2016): 684, consultado 28 de setiembre 2020 <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/961/959>

Continuando con esta postura, Zurriarán (2019), expone en su obra que la maternidad subrogada crea una instrumentalización del cuerpo de la mujer y que esta situación está siendo regulada – y, por ende, permitida – mediante el contrato al que acuden las partes.

Señala el autor que esto implica un desconocimiento de la distinción básica que se ha hecho entre las personas y las cosas, debido a que, se despersonaliza el cuerpo de la mujer gestante – porque se ve como una máquina incubadora – y, además, la persona menor de edad es vista como un objeto del contrato.

Finalmente, se une a la autora Nuño, al señalar que se está en presencia de una satisfacción de deseos y no de derechos propiamente, al señalar que “es, inequívocamente, una nueva forma de explotación de la mujer, contraria a su dignidad, al usar su cuerpo, y por tanto, su persona, como un objeto negociable, incubadora humana o un simple receptáculo de una gestación para satisfacer deseos ajenos [...]”²⁸

A grandes rasgos, ambas autoras propugnan por el hecho que el cuerpo se está visualizando como un objeto que está dentro del comercio, hecho prohibido en la mayor parte de las legislaciones del mundo.

El segundo argumento en contra que se encuentra es la posibilidad de explotación económica respecto de la mujer gestante, por parte de los sujetos comitentes. Según esta corriente hay un porcentaje importante de mujeres en estado de vulnerabilidad, que son el objetivo de empresas dedicadas a la actividad de alquiler de vientres. Incluso señalan que hay una utilización por parte de mujeres ricas, por cuanto pagan grandes sumas de dinero, con el fin de tener a un hijo o hija.

²⁸ Roberto Germán Zurriarán, “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”, *Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, No. 4, (2019): 1234, consultado 31 de agosto 2020 <http://publicaciones.anahuac.mx/bioetica/article/view/121/65>

A raíz de esto, se cuestiona si realmente la voluntad de aquellas mujeres que aceptan un contrato de maternidad por sustitución no estaría viciada por las condiciones – principalmente de pobreza – en las que se encuentran, puesto que, este acuerdo puede representar una entrada de dinero con el cual pueden satisfacer las necesidades propias y hasta de las familias que dependen de ellas.

Destaca la doctrina que esta condición de desigualdad podría desencadenar posibles abusos físicos y/o psicológicos por parte de las personas comitentes hacia la mujer gestante, ocasionado por la desesperación de los primeros por convertirse en padres. Sin embargo, sobre esto último no se ha aportado evidencia empírica de que esté sucediendo.

En relación con esta posición en particular, reviste importancia criticar y traer a mención, que doctrinalmente no ha sido tomando en cuenta y/o contemplado por quienes comparten la posición en contra, una circunstancia en la cual la mujer gestante sea víctima de violencia física, psicológica y de género, por parte de su propia pareja. En la sociedad predominantemente patriarcal en la que vivimos podría existir la posibilidad que, la pareja varón obligue a la mujer gestante a que acepte estos contratos con el único fin de ganar dinero.²⁹

Continuando con el argumento de la explotación, se señala, además, que la maternidad por sustitución implica una intromisión en el cuerpo de la mujer gestante, así como una manipulación de él, al tener que someterse, no solo a los tratamientos propios para que se produzca la fecundación, sino también a revisiones y demás controles que aseguren la viabilidad del embarazo. Al considerarse que es un hecho cuestionable éticamente, se critica que, por ende, no debe ser aceptado en una sociedad democrática.

²⁹ Contemplando esta última posibilidad es que la investigación promueve una regulación que brinde seguridad jurídica y protección a la mujer gestante, desde el análisis del consentimiento informado que propondrá en el proyecto de ley.

El tercer argumento en contra es la mercantilización de la persona menor de edad que se gesta. Señalan que la maternidad por sustitución “importa convertir al hijo en objeto de comercio, debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto”.³⁰

Esta afirmación tiene su origen en que, el objeto del contrato es la entrega del niño y una de las prestaciones para la mujer gestante es, efectivamente, entregarlo a quienes se lo han encargado. Así pues, se establece que hay una violación al interés superior del menor, ya que este no es tomado realmente en cuenta.

Lo anterior es consecuencia directa de la posibilidad que tienen los padres comitentes de elegir de antemano cuáles les gustaría que fueran las características físicas del bebé³¹, así como también, las lagunas en relación con los casos de aborto o bien, que la mujer gestante no quiera entregarlo.

En esto último, se critica que el bebé se verá envuelto en un conflicto legal, en la pugna egoísta de los adultos, que podría culminar, en algunos casos, con la persona menor de edad declarada en abandono.

Por todo ello, en la gestación de alquiler el bebé es tratado como un objeto de compraventa y en muchos contratos se establece que la madre subrogada deberá devolver el dinero si no logra dar a luz o el

³⁰ Eleonora Lamm, “Gestación por Sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, (2012): 6-7, consultado 27 de Agosto, 2021 <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/260860/348063>

³¹ Esta posibilidad se materializa en los casos de gestaciones por sustitución comercial, los cuales son aquellas en las que se da la concertación de un contrato que debe reunir y cumplir los requisitos de validez y eficacia. Es menester recalcar que, el aspecto contractual, si bien será un punto a tocar en reiteradas ocasiones, no es el eje central de la investigación. Lo anterior se justifica en que sería contrario al ordenamiento jurídico nacional, costumbres y orden público, de ahí que la investigación promueve la legalización sin contrato previo, pero sí que se implemente con una solución que será desarrollado en el capítulo respectivo.

bebé no tiene las condiciones de salud establecidas, lo que acentúa la inseguridad que afecta tanto a la madre subrogada como al niño.³²

El cuarto – y quizá más controversial – argumento en contra son las graves consecuencias psicológicas que la maternidad por sustitución implica para la mujer gestante.

Es sabido que durante el embarazo la madre forma un vínculo con el niño o niña que se gesta; vínculo que incluso tiene implicaciones en su posterior crianza. De igual modo, esta corriente censura, fuertemente, pues al incurrir en esta técnica, la mujer gestante es privada de manera grosera de la persona menor de edad que ha gestado, así como también de todos los sentimientos y vínculos maternos que pudo desarrollar durante el período de embarazo.

Esto se ve reflejado en las disputas que llegan a las cortes y tribunales en los que sujetos comitentes demandan a la mujer gestante, por no querer entregar al bebé, puesto que argumenta que es suyo.

Señalan que estos lazos son fisiológicos y biológicos, ya que hay influencia de las hormonas que preparan a la mujer para el embarazo, sin embargo, igualmente, esta afirmación es discutida ante la existencia de mujeres que no han sufrido ningún tipo de lesión psicológica, al figurar como mujeres gestantes, por el contrario, afirman que ha sido una experiencia positiva para su desarrollo como persona.

Por otra parte, se critica que la maternidad por sustitución puede implicarle a la persona menor de edad, una discriminación social, en razón del origen y la posibilidad de tener varias figuras maternas (cuando llegan a concurrir la mujer gestante, la madre comitente y la donante de óvulos).

³² Roberto Germán Zurriarain, “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”, *Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, No. 4, (2019): 1237, consultado 31 de agosto 2020 <http://publicaciones.anahuac.mx/bioetica/article/view/121/65>

Finalmente, el quinto argumento en contra es el importante negocio económico en que se ha convertido la maternidad por sustitución.

Se señala que la maternidad por sustitución se ha vuelto uno de los negocios más lucrativos en el mundo, llegando a costar, según Zurriarán, cerca de novecientos mil euros aproximadamente (un solo embarazo). Posiblemente, uno de sus principales causantes han sido las difíciles barreras que presenta la adopción nacional e internacional para las personas que desean formar una familia, sin embargo, se cree que la solución no está en recurrir a esta técnica, sino más bien, en fortalecer y mejorar el sistema de adopciones.

Países del primer mundo y, en general, algunos donde la práctica es frecuente, sin que exista regulación, se han convertido en completos destinos para el turismo reproductivo, llegando a generarse grandes cantidades de dinero. Esta situación es la que, como se dijo, tratan de evitar los Estados y, por ello, imponen barreras prohibitivas mediante estrictas leyes que prohíben la práctica. Ejemplo de lo anterior es España, que cuenta con una ley que expresamente prohíbe la técnica.

2.- Criterios a favor

Expuestos los principales argumentos en contra de la práctica, se procederá a desarrollar aquellos que la favorecen, a efectos de contrastar lo explicado.

En relación con el primer argumento sobre la cosificación y consecuente violación a la dignidad de la mujer gestante, la autora Igareda (2018), señala que esto, más que una cuestión propiamente de dignidad, se debe a una doble moral social en la que no se acepta, ni mucho menos se concibe, la posibilidad de que una mujer voluntariamente entregue al niño y no sufra por ello.

Aquí se critica que la sociedad ha impuesto la llamada “maternidad deseada” en la que la mujer felizmente ama el embarazo, el parto y criar a sus hijos, pero la realidad es muy distinta. Por un lado, existen mujeres que no disfrutan su embarazo y hasta sienten miedo por el parto, pero que, por el contrario, aman la crianza.

Por otro lado, hay mujeres que se sienten bien teniendo un embarazo y/o un parto, pero que no se consideran aptas o capaces de criar al niño o niña, dejándolos al cuidado, en la mayor parte de los casos, de sus abuelas maternas.

Esta doble moral que señala la autora también se refleja en que la maternidad por sustitución es vista con prejuicios. No se normaliza el hecho de prestar/alquilar el vientre, como sí se ve normal donar y/o vender, por ejemplo, espermatozoides. Incluso, se ha llegado a afirmar que la maternidad por sustitución no es viable por cuanto podría desencadenar situaciones jurídicas complejas, por ejemplo, ¿qué ocurre si la madre gestante aportó el óvulo en relación con un proceso sucesorio?

El niño o niña podría ser heredero. Pero este mismo argumento puede ser aplicado también a aquellos hombres que donaron su espermia, sin embargo, la persona legisladora en un flagrante acto de discriminación – el cual podría eventualmente defenderse alegando que no se había previsto la existencia de la maternidad por sustitución – si dio respuesta a esta situación y, por ende, al varón legalmente se le excluye de sus deberes como padre. Igual respuesta puede darse en los casos de maternidad por sustitución.

Respecto al segundo argumento acerca de la posible explotación que pueden sufrir las mujeres gestantes, si bien es una situación que puede presentarse, son casos minoritarios y se presentan principalmente en países sin regulación y donde el turismo reproductivo tiene una fuerte presencia. Es por esto que, la regulación de la práctica, más bien viene a dar protección a las partes vulnerables.

Según Igareda (citando a Horsey, 2010):

En aquellos países en los que la gestación por sustitución altruista se ha permitido y regulado, no hay evidencia empírica de que las gestantes hayan sido explotadas, pertenezcan a clases sociales

más desfavorecidas o a grupos de población en situaciones de mayor vulnerabilidad económica o social.³³

La autora Eleonora Lamm (2012), apoya que, si se está en presencia de un acuerdo totalmente voluntario en el cual las partes están informadas de sus implicaciones, no podría hablarse de explotación, aunque no medie remuneración económica de por medio. Señala que continuar con esta visión paternalista es subestimar la capacidad de decidir de la mujer sobre su propio cuerpo.

Sobre este mismo punto, la M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón (2022), indica que, para afirmar que la práctica transgrede los derechos de la mujer gestante, primero se debe partir de la presencia de una decisión informada de la mujer gestante, lo cual implica la existencia previa que ella cuente con acceso a la información pertinente. Tomada una eventual decisión informada debe, en segundo lugar, analizarse si dicha decisión colisiona o no con los derechos fundamentales indisponibles de la mujer gestante.³⁴

En relación con el argumento de la mercantilización de la persona menor de edad. Las posiciones a favor, sobre este punto en particular, niegan que exista la presencia de mercantilización del niño, ni mucho menos una violación a su interés superior.

Lo anterior en razón de que, no todos los casos en que se incurre a la gestación por sustitución tienen ese carácter comercial – hablando propiamente de la forma altruista – y que, la presencia de una remuneración que cubra los gastos del embarazo no puede tratarse como una cosificación *per se* de la persona menor de edad que se gesta.

³³ Noelia Igareda, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de bioética y derecho*, No. 44, (2018): 64, consultado 26 de enero, 2021, <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00057.pdf>

³⁴ Rosaura Chinchilla Calderón, entrevista, Liberia, Costa Rica, abril 25, 2022.

A su vez, se propugna que, al encontrarse la persona menor de edad en un contexto donde hay una decisión libre e informada por parte de los sujetos partícipes, es decir, se trata de un niño o niña deseada, no podría tampoco hablarse de que su interés y bienestar no será tomado en cuenta.

Debe recordarse que, la maternidad por sustitución supone, reitero, una decisión responsable por parte de quienes acuden a la técnica como medio para formar una familia.³⁵ El principal elemento que debe identificarse en este punto – y que, por ende, es lo que garantizará el bienestar de la persona menor de edad – es la voluntad procreacional de las personas comitentes, por ser quién/quienes desean convertirse en padres.

Esta autonomía de la voluntad, aplicada al caso particular, puede definirse como aquella decisión perteneciente a la vida privada y familiar en la cual existe la intención informada, libre y expresamente manifestada, de una persona o una pareja, sea homosexual o heterosexual, de querer ser padre/madre o padres, biológicos, genéticos o no, quienes encomiendan a una mujer -cuya aceptación debe ser igualmente informada, libre y expresamente manifestada- para llevar a cabo la gestación de una persona menor de edad, en razón de que, los primeros, sea por motivos físicos o biológicos, están imposibilitados para formar una familia.

Finalmente, en relación con este argumento, también se promueve la regulación, sobre todo, en el tema de la filiación, para que así, la persona menor de edad tenga protección legal por parte del Estado, al tenerse ya claridad sobre cuáles son las consecuencias y soluciones jurídicas para casos donde existan divorcios o renuncias a la entrega del niño o niña.

³⁵ Otro aspecto importante es que en la gran mayoría de casos la maternidad por sustitución conlleva una inversión económica que usualmente son cubiertos por los sujetos comitentes. Lo anterior, si bien no asegura en su totalidad el bienestar el niño o niña, si apoya el hecho de que sea una decisión responsable de los comitentes, quienes o tienen el dinero suficiente – entiéndase pertenezcan a familias adineradas – o recurran a ahorros y/o préstamos con tal de conseguirlo.

Con esto se podrá determinar a quién o quiénes se les considerará legalmente como padres y, por ende, quién o quiénes tendrían la patria potestad de la persona menor de edad, sin importar una situación de divorcio o no entrega, ya que no debe esperarse hasta que se presente un conflicto de esta naturaleza para apenas empezar a dar tutela a la situación jurídica.

El cuarto argumento sobre las consecuencias psicológicas que podría sufrir la mujer gestante, como se mencionó, es controversial, por cuanto ha sido ampliamente debatido. Por un lado, Igareda (2018), critica que el instinto maternal es un constructo que se encuentra en el imaginario social, el cual continúa ligado a la concepción social que las mujeres por naturaleza tienen una inclinación hacia el cuidado y/o maternidad.

Sin embargo, cita los estudios de Beauvoir, 1949; Rich, 1976 y Badinter, las cuales han demostrado que el instinto maternal no está biológicamente determinado, es decir, las mujeres no nacen con él.

Si bien se ha demostrado mediante la teoría del apego que los lazos que eventualmente se formen durante el embarazo son importantes para el crecimiento del niño o niña, lo cierto del caso es que esto no es un componente genético o biológico, puesto que perfectamente hay personas menores de edad que llegan a percibir a personas con quienes no comparten lazos sanguíneos como su familia.

Por otro lado, Lamm (2012), afirma en su obra que no existen estudios empíricos, los cuales hayan demostrado que mujeres, quienes figuran como gestantes, presenten algún tipo de trastorno originado por la situación.

Nuevamente, dentro de este punto en particular, se reitera el constructo sobre las maternidades ideales, en las que se cree que todas las mujeres aman su proceso de embarazo, parto o crianza de los niños y niñas, cuando la realidad es otra.

Finalmente, en relación con el quinto argumento en contra que refiere al negocio económico que representa la gestación por sustitución, se promueve

entonces, la regulación altruista, no solo de la técnica, sino incluso del contrato o convenio entre las partes, sin que medió retribución por ello, más allá de los gastos necesarios para el correcto desarrollo de la gestación.

Esto permitirá brindarles seguridad jurídica a las partes, especialmente a las que se consideran vulnerables, ya que estarán protegidas por una legislación especial que ampare sus derechos humanos y fundamentales. En el caso de la mujer gestante, se le dará protección de su dignidad y se prevendrán posibles abusos, no implica que haya una renuncia sobre sus derechos sexuales y reproductivos, ya que se le reconoce incluso su derecho a decidir si continuar o no el embarazo, sin que esto le genere repercusiones.

Respecto a la persona menor de edad, como se mencionó supra, permitirá determinar quiénes serán sus padres y, por ende, asegurar que su interés superior prevalezca sin importar las circunstancias.

3.- Posición de la investigación

Se parte de una posición realista en la medida en que analiza el fenómeno, sus implicaciones y las actuales consecuencias negativas que está presentando a raíz de su desregulación. Así, se une a la posición a favor de la técnica y propugna la creación de un marco legal que brinde especial protección a la mujer gestante y a la persona menor de edad, partes con mayor vulnerabilidad.

Ante la presencia de casos en Costa Rica, el hecho de que aún el tema no sea tan sonado, no quiere decir que el país esté exento de presentarlos. Además, con el fin de evitar que se convierta en un potencial paraíso para el turismo reproductivo, la necesidad de dicha regulación se acrecienta.

Es innegable que estas situaciones, tarde o temprano, van a suceder, así como también que existen problemas en relación con la filiación, cuando las parejas vuelven al país de origen, ya que la mayor parte de instituciones encargadas de registrar la nacionalidad y nacimiento de las personas no cuentan con lineamientos que den solución a la problemática.

En la realidad, las personas comitentes que no aportan su material genético deben recurrir a procesos de adopción para poder establecer filiación legal con la persona menor de edad, obviándose su voluntad procreacional.

Es por esto que, en el apartado final de la investigación, se propone un proyecto de Ley para la regulación de la filiación en los casos donde medie la gestación por sustitución.

La maternidad por sustitución y su vinculación con el ejercicio del derecho humano a la vida privada y familiar

Previo a explicar el mencionado vínculo, es menester desarrollar qué se entiende por el derecho a la vida privada, vida familiar y derechos reproductivos de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos derechos se encuentran reconocidos en los artículos 7, 11 y 17 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también, en el artículo 16 inciso e) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Sobre ellos, como se mencionó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó una interpretación exhaustiva en el célebre caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*³⁶.

Al respecto, sobre el ámbito de la privada en el punto 142 de la sentencia, estableció que esta se caracteriza por ser un ámbito que queda exento de la intervención y transgresión de terceras personas, incluyendo al Estado mismo, siempre que sus actuaciones sean arbitrarias, pero señala que el derecho a la vida privada es un ámbito que incluso va más allá de la simple privacidad y engloba la posibilidad de que las personas se autodeterminen, de acuerdo con sus

³⁶ A rasgos generales, los afectados demandaron al Estado costarricense y exigieron su responsabilidad ante las afectaciones que sufrieron en sus derechos a formar una familia, vida privada y derechos sexuales y reproductivos, con motivo de la prohibición general que había en el país de la práctica de fecundación *in vitro*.

convicciones personales, elijan definir sus propias relaciones personales, establecer y desarrollar relaciones con otras personas e, incluso, la decisión de ser o no madres o padres de familia.

Dentro del caso continúa explicando, en el punto 144 de la sentencia, que el derecho a la vida privada está íntimamente relacionado con el derecho a fundar una familia, el cual se encuentra reconocido en el artículo 17 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A criterio de la Corte, el derecho a fundar una familia – y en general la protección de la familia – es fundamental, al punto que debe favorecerse en la mayor parte de los casos y no puede derogarse por tratarse de un derecho básico de toda persona. Este conlleva favorecer “de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar”.³⁷

Sin embargo, es importante destacar que la interpretación de la Corte no se detiene ahí y, en el punto 146 de la sentencia señala que el derecho a la vida privada también está íntimamente relacionado con la autonomía reproductiva y el derecho a acceder a los servicios de salud y tecnológicos necesarios para ejercerlo.

En la situación particular del caso Artavia Murillo, se reconoce que la mujer en el ejercicio del artículo 16 inciso e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer tiene derecho a decidir libremente su fecundidad y la cantidad de hijos que desea tener, el cual se obstaculiza cuando no hay medios por los cuales pueda controlar su fecundidad.

Esto también forma parte de lo que se conoce como “salud reproductiva”, la cual implica “los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) VS. Costa Rica: sentencia del 28 de noviembre de 2012.

elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”.³⁸

Finalmente, dado que el derecho a procrear es parte también del derecho a formar una familia y que para ello se debe poder acceder a medios tecnológicos, la Corte señala en el punto 150 de la sentencia que esto engloba el derecho:

de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.³⁹

Expuesto este análisis, debe explicarse ahora que, la gestación por sustitución forma parte de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), las cuales se entienden como aquellos procedimientos mediante los cuales la reproducción (unión de gametos y fecundación), se logra mediante una serie de mecanismos quirúrgicos y no propiamente por medio de actos reproductivos naturales, de manera específica, el mantener relaciones sexuales coitales.

A raíz de la existencia de parejas que presentan una imposibilidad para concebir, sea por motivos biológicos o físicos, las TRA han adquirido mayor demanda, debido a que son un medio que garantiza la formación de una familia. Al lado de la fertilización *in vitro*, la gestación por sustitución es una de las técnicas más solicitadas por un creciente número de parejas que presentan imposibilidad para procrear.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) VS. Costa Rica: sentencia del 28 de noviembre de 2012.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) VS. Costa Rica: sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Se afirma que la decisión de recurrir a la técnica es perteneciente a la esfera de la vida privada y familiar de los sujetos comitentes, ya que son quienes, a través de este método, deciden y eligen la forma de fundar una familia. Al no poder controlar su fecundidad por los medios tradicionales – entiéndase métodos de procreación comunes – y ni siquiera pueden someter sus propios cuerpos a procedimientos como la fertilización *in vitro* o inseminación artificial, la gestación por sustitución se presenta como la única vía por medio de la cual pueden llegar a tener un vínculo genético – o no necesariamente – con la persona menor de edad que nazca.

Es un hecho verídico que los sujetos comitentes que recurren a la técnica lo hacen de una forma libre e informada y suelen buscar los mejores medios tecnológicos de salud reproductiva, que les garantice una fecundación exitosa en el vientre de la mujer gestante, cuidando a su vez la salud de esta última.

Finalmente, si bien la gestación por sustitución no forma parte de los medios más comunes por los cuales se suele ejercer el derecho a la familia, la vida privada y la reproducción, esto no quiere decir que sea ajeno a ellos, por el contrario, está íntimamente ligado a la decisión que toman las personas comitentes de elegir por qué medios establecen sus relaciones personales.

Ahora bien, a pesar de que la Corte ha realizado la interpretación explicada supra, es una realidad que la misma no ha conocido ni se ha pronunciado sobre casos que tengan relación con la gestación por sustitución, pero su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto sobre varios casos marcando precedentes en la materia. Algunos de los más célebres han sido: *Menesson vs Francia*, *Labassée vs Francia*, *D. y otros vs. Bélgica* y *Paradiso y Campanelli vs Italia*.

Para efectos de la investigación, se abordará el primero por ser donde se establecieron los aspectos fundamentales en dicha materia, por parte del Tribunal.⁴⁰

El caso particular versa sobre una pareja francesa que recurre a la gestación por sustitución en el extranjero. De la pareja heterosexual, es el varón quien da su material genético, el óvulo fue donado y se recurrió a un vientre sustituto. Una vez que se realizó el procedimiento, la pareja regresa a Francia y, luego de llevar diez años en el territorio, deciden inscribir a los niños en el registro civil francés con los apellidos de ambos, es decir, establecer la filiación legal con ambos. La institución deniega la inscripción, en razón de que, en Francia la gestación por sustitución está expresamente prohibida.

El Tribunal resuelve que la injerencia del Estado francés era justificada, en razón de que existía una norma de orden público que prohibía la técnica y, parte de las excepciones que contempla el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, es que la injerencia es justificada, siempre que esté:

prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.⁴¹

Sin embargo, al analizar las consecuencias de la mencionada injerencia – la cual no se pone en duda - determina que efectivamente hubo una violación al derecho a la vida privada y familiar, tanto de los padres como de los niños. En relación con los primeros, sostiene que no se respetó la decisión que tomaron en su esfera privada acerca del método con el cual eligieron formar una familia.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5a., *Mennesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014.

⁴¹ Convención Europea de Derechos Humanos, 1953, art. 8.

En relación con los niños, derivaron que, como consecuencia del contrato de gestación hubo una violación a su vida privada, pero también, el prohibir la inscripción, a sabiendas de que la familia convivía de hecho, permitió que su identidad y filiación se vieran gravemente afectadas. También, se establece que hubo violación al interés superior del niño por la aplicación de la normativa francesa, lo cual se agravó, en razón de que se impidió siquiera inscribir con los apellidos del padre genético y biológico de los menores.

Finalmente, el Tribunal Europeo resuelve que Francia sí violó el artículo 8 de la CEDH en contra de la familia y resaltó que las medidas tomadas – aunque de orden público - no fueron congruentes con el interés superior del menor, se impedía la posibilidad de establecer un vínculo legal con el padre intencional y, finalmente, aunque un Estado puede prohibir la técnica de gestación por sustitución, esto no puede tener como consecuencia el desconocimiento de la filiación y, por ende, crear incertidumbre jurídica sobre la identidad de los menores.

Como puede observarse, los principales entes rectores en materia de derechos humanos han protegido los derechos que se ven afectados en la gestación por sustitución. Si bien la Corte no ha emitido un criterio ante la falta de casos, el Tribunal Europeo sí da un marco de interpretación perfectamente aplicable a la situación particular que desarrolla la presente investigación, en relación con el establecimiento de la filiación en los casos de gestación por sustitución.

Se destaca la interpretación del Tribunal, en el sentido que debe respetarse, ante todo, la decisión privada y familiar de los comitentes – o bien, que las medidas prohibitivas no sean desproporcionalmente gravosas- pero aún más importante, el interés superior de la persona menor de edad, con especial énfasis en aquellos casos en los que ya ha existido convivencia de hecho – y, por ende, creados vínculos afectivos – entre los sujetos comitentes y las personas menores de edad.

Capítulo II: Formas de adquisición de la filiación en los casos de maternidad por sustitución desde el marco de los principales estudios nacionales e internacionales en la materia

La filiación ha sido un instituto jurídico inherente al ser humano desde los tiempos más antiguos y remotos; pilar fundamental en la sociedad y determinante para el establecimiento de relaciones familiares. Incluso, de ella derivan importantes efectos jurídicos que repercuten en las diferentes ramas del derecho.

Durante gran parte de la historia, la filiación solo podía ser entendida y adquirida de la manera clásica – como resultado de la procreación natural, consecuencia del mantenimiento de relaciones sexuales coitales – de ahí que, nunca se contempló, especialmente en el ámbito legislativo, formas distintas de procreación y adquisición de la filiación.

Sin embargo, el reciente impacto de las tecnologías reproductivas vino a transformar la concepción clásica de filiación, permitiendo la llamada “*reproducción sin sexo*”. A raíz de lo anterior, se presentaron nuevas formas de filiación que, al no estar contempladas por considerarse imposibles, no han sido reconocidas y, por ende, han generado vacíos legales.

Es por esto que, el presente apartado desarrollará la filiación desde su concepción más tradicional hasta las nuevas formas derivadas de las distintas técnicas de reproducción humana asistida, de manera específica, de la gestación por sustitución. Finalmente, estudiará la situación país en esta materia, así como también las formas en las que ella se ha regulado en el derecho comparado.

Generalidades de la filiación

La filiación deriva de la procreación y puede ser entendida desde diversas ópticas: como vínculo, estado de familia, relación, etc., pero propiamente desde el punto de vista jurídico, es aquel vínculo -biológico y legal – que une a padre/madres e hijos, y les otorga la calidad de tales. Implica relaciones de parentesco entre personas, así como el reconocimiento de un vínculo jurídico paterno y materno filial.

Galindo Garfias la define como “[...] el presupuesto *jurídico* necesario, la *conditio sine qua non*, para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de familia de esa persona”.⁴²

La filiación también puede ser entendida como:

un estado de familia asignado por ley que goza la persona como consecuencia directa de la procreación. Por esta surge un nuevo sujeto de derecho que se relaciona con sus progenitores, con los demás individuos y con el Estado. Origina una relación especial entre procreantes y procreado lo que significa que hay una particular actividad legal derivada de tal cualidad, hay deberes y derechos que se refieren a ella, como afirma claramente Cicu.⁴³

Por su parte, para Bossert y Nannoni, la filiación – o lo que ellos denominan “*estado de familia*” – es aquel que está “[...] determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas [...], es un atributo de las personas con existencia visible, que resulta entonces inescindible de la persona misma, y por tanto, inalienable e irrenunciable”.⁴⁴ Los mencionados autores también indican que

⁴² Ignacio Galindo Garfias, “La filiación y la Paternidad”, en *Estudios de Derecho Civil* (México: Biblioteca Jurídica Virtual, 1981), 255, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9840>

⁴³ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia. Derecho a la Filiación* (Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., 2013), 63

⁴⁴ Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, *Manual de Derecho de Familia* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2005), 25.

es a partir de este estado de familia que surgen los llamados “derechos familiares subjetivos” y estos últimos son los relacionados con alimentos, patria potestad, etc.

Finalmente, en Costa Rica, la filiación también puede ser entendida como el “conjunto de relaciones jurídicas, definidas por la maternidad y la paternidad, que establece el vínculo de progenitores con los hijos.”⁴⁵

El autor Rodríguez Zamora señala, por su parte, que en relación con la filiación, lo relevante para el derecho es “el vínculo jurídico que se crea a partir del nacimiento o la adopción”.⁴⁶

Para Rospigliosi (2013), la filiación está conformada por una serie de características, dentro de las cuales se pueden encontrar:

a.- Única: la persona solo llega a tener un padre y una madre. Esta característica parte de un punto de vista legal⁴⁷ y contempla los casos de adopción en los cuales existen madres y padres biológicos y madres y padres legales, pero no toma en cuenta las situaciones de adopción o procreación homoparentales, en cuyo caso se tiene dos padres legales o dos madres legales.⁴⁸

b.- Construcción cultural-afectividad: la filiación es una construcción cultural resultado de la convivencia entre los miembros de la familia y del afecto que se gesta entre ellos durante este tiempo.

⁴⁵ Diccionario Usual del Poder Judicial, “Filiación”, consultado 3 de enero, 2022, <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/39048:filiaci%C3%B3n>

⁴⁶ José Miguel Rodríguez Zamora, “La filiación y el derecho comparado”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No.77, (1994): 66 consultado 7 de enero, 2022, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/14334/13606/>

⁴⁷ A nivel registral una persona solo aparecerá con una madre y padre inscritos, independientemente de si son o no sus padres biológicos.

⁴⁸ En algunos casos, se comparte también el vínculo genético, pero únicamente lo tendrá con un miembro de la pareja.

c.- Vínculo jurídico: “Como dice Krasnow es el vínculo entre padres e hijos cuando se traslada al plano jurídico”⁴⁹

d.- Unitaria: la filiación implica derechos y obligaciones recíprocos entre padres, madres, hijos e hijas y, es independiente del estado civil de los padres.

Formas de adquisición de la filiación

Como se dijo, al ser la filiación consecuencia directa de la reproducción debe previamente abordarse los tipos de reproducción, a efectos de determinar las formas de filiación que derivan de ellas.

a.- Reproducción natural

En primer lugar, se ubica la reproducción natural. Esta es aquella donde, una pareja ostenta y comparte el vínculo genético y biológico con la descendencia. Propiamente es la asociada a parejas heterosexuales y, es de esta forma de reproducción, que deriva el principio “*mater semper certa est*” (madre siempre es cierta).

Ahora bien, esta reproducción genera la filiación biológica y genética; también llamada tradicional y reconocida en la mayoría de las legislaciones del mundo. Propiamente en Costa Rica, se reconoce en el Título II denominado “Paternidad y filiación” del Código de Familia. Los principales artículos en los cuales se ha reconocido esta forma de filiación son:

A.- El artículo 69: regula la filiación obtenida por la persona menor de edad cuando esta nace dentro del matrimonio. Dentro de este supuesto, se presume como hijos e hijas del matrimonio las personas menores nacidas después de ciento ochenta días luego de contraída las nupcias y hasta la nacida trescientos días después de la disolución del vínculo.

⁴⁹ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia. Derecho a la Filiación* (Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., 2013), 70

B.- El artículo 71: según este artículo, se tomará como hijos habidos fuera del matrimonio – y por ende, no contarán con la filiación paterna del marido – las personas menores de edad nacidas luego de trescientos días de separación de hecho entre cónyuges. A partir de lo anterior, de forma automática, el niño o niña tendrá la filiación con su madre y/o padre biológico, mas no con el marido.

C.- El artículo 78: este artículo prohíbe expresamente que la filiación sea objeto de transacción, o bien, de cualquier compromiso arbitral y/o conciliación.

D.- El artículo 79: establece que la forma de probarse la filiación biológica y genética es a través de actas de nacimiento que se inscriben en el Registro Civil de Costa Rica.

Como puede observarse, la filiación costarricense es marcadamente tradicional, en relación con las TRA, se ha legislado de manera insuficiente, un artículo específico, el que será abordado y criticado en el siguiente capítulo; así como una reforma introducida al artículo 8 del Código de Familia por el nuevo Código Procesal de Familia.

b.- Reproducción asistida

Esta forma de reproducción surge como resultado de las nuevas tecnologías. Dentro de ellas no hay relaciones coitales, sino un aporte de material genético por parte de donantes hacia quienes desean ser padres o madres, o aportes de estos. Se asocia a parejas heterosexuales y homosexuales con imposibilidades para concebir y, en ella, una tercera persona, médica especializada en las técnicas es la encargada de llevar a cabo la unión de los gametos, e insertar el óvulo fecundado en la mujer encargada de llevar a cabo la gestación.

Sobre el particular, reviste mucha importancia aclarar que, esta forma de reproducción puede generar i) filiación asociada (biológica y genética); en cuyo caso serían aplicables las figuras legales supra explicadas, o bien, ii) filiación disociada, la cual es aquella donde el vínculo genético, biológico, legal y hasta socio-afectivo puede recaer en diferentes personas.

Es sobre la filiación disasociada que recae el punto medular de la presente investigación, por cuanto dentro de ella se ubica la gestación por sustitución. Como se explicó en el capítulo precedente, cuando se recurre a la técnica de gestación por sustitución, puede existir concurrencia de aportes de distintas personas, es decir, sea en su variante homóloga o heteróloga, sin embargo, lo cierto del caso es que la filiación disasociada está escasamente regulada, en relación con las TRA, pero estos vacíos se marcan más en la gestación por sustitución.

En el caso de Costa Rica, hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, solo hay presencia de reconocimiento de filiación disasociada en el artículo 72 párrafo final del Código de Familia. Aquí se establece que, en casos de inseminación artificial con semen del marido o donante, pero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a cohabitación y, por ende, la persona menor de edad nacida adquirirá la filiación como hijo dentro del matrimonio. Mas no se hace mención a otras TRA.

A raíz de la complejidad que reviste la filiación disasociada, a efectos de determinar a quiénes se les deberá considerar padres y madres de las personas menores de edad, en los últimos años se gestó una tesis que, poco a poco, ha tomado fuerza en la doctrina: la tesis voluntarista. Esta propugna que cuando se está en presencia de reproducción asistida, la filiación se determine a través de la voluntad procreacional, es decir, que se califique como padres a quienes tenían la intención de serlo.

Llevada propiamente al campo de la gestación por sustitución, esta filiación con fundamento en la voluntad procreacional puede definirse como aquella decisión perteneciente a la vida privada y familiar en la cual existe la intención informada, libre y expresamente manifiesta, de una persona o una pareja, sea homosexual o heterosexual, de querer ser padre/madre o padres, biológicos, genéticos o no, quienes encomiendan a una mujer -cuya aceptación debe ser igualmente informada, libre y expresamente manifestada-, para llevar a cabo la gestación de una persona menor de edad, en razón de que, los primeros, sea por motivos físicos

o biológicos, están imposibilitados para formar una familia y, por ello, recurren a las TRA para lograrlo, por lo que radica aquí su voluntad procreacional.

Rospigliosi, por su parte, la define como:

[...] el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis (ADN), sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de la filiación.⁵⁰

Según el autor, ante el conflicto genético y biológico que se presenta, la filiación socio-afectiva sustentada en la voluntad procreacional tiene primacía, cuando se está en terreno de las TRA y, por ende, ante la gestación por sustitución. Debe, se reitera, calificarse como padres y madres a quienes querían serlo y voluntariamente recurrieron a la técnica para lograrlo. Debe, en estos casos, desplazarse la filiación de la mujer que da a luz – presunción predominante en Costa Rica – y emplazarse directamente a la madre o padre comitente, quien queda excluido y discriminado por no aportar material genético.

En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética.⁵¹

⁵⁰ Enrique Varsi Rospigliosi, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista IUS*, No. 39, (2017): 4 consultado 15 de octubre, 2020 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext

⁵¹ Eleonora Lamm, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de bioética y derecho*, No. 24, (2012): 81, consultado 29 de enero, 2021, http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n24/08_master.pdf

Finalmente, es necesario abordar un aspecto medular del tema, el cual es, la respuesta a la interrogante: ¿Cómo se impugnaría, por ejemplo, la paternidad y/o maternidad? Esto debido a que, la mayoría de países que se apegan a la tesis voluntarista para fijar la filiación, niegan la posibilidad de impugnar a las partes comitentes la filiación, puesto que toman el acceder a la técnica como una aceptación tácita. La respuesta, en estos casos, es que la parte comitente debe demostrar fehacientemente que nunca prestó su consentimiento para acudir a la técnica, o bien, que este estuvo viciado.

Situación particular de la Adopción

La figura de la adopción se encuentra posicionada en el medio de la reciente discusión, que gira en torno a las formas de reproducción y, por ende, de filiación reconocidas y no reconocidas. Puede afirmarse que, es una combinación entre filiación tradicional y socio-afectiva.

La adopción es una construcción jurídica normalizada y reconocida por la persona legisladora – de ahí que se catalogue como tradicional – la cual permitió que quienes no comparten vínculos genéticos, puedan establecer un vínculo legal sustentando esta posibilidad en la voluntad de querer ser los padres o madres de la persona menor de edad por adoptar.

Comparte con la reproducción asistida la disociación por cuanto las personas adoptantes no suelen tener – en algunos casos - vínculos genéticos o biológicos con la persona adoptada⁵². Además, el sustento que posibilita el establecimiento del vínculo filial es la voluntad de las y los adoptantes de querer figurar como padres y madres.

Aquí, se evidencia los primeros aportes y reconocimiento de la tesis voluntarista, es por esto que la adopción y su situación particular se ha convertido

⁵² En el caso de Costa Rica, se prefiere que las PME sujetos de adopción, sean preferentemente adoptados por familiares y, a falta de estos, por terceros extraños.

en un fuerte precedente utilizado por quienes propugnan que la filiación en las TRA se haga con fundamento en la socio-afectividad y voluntad que se ha reconocido en los casos de adopción.

Situación de Costa Rica en relación con el reconocimiento de la filiación en los casos de maternidad por sustitución

Como se adelantó párrafos arriba, el ordenamiento familiar costarricense no define el término filiación, pero puede afirmarse que su reconocimiento es tradicionalista (abarcando filiación en hijos dentro del matrimonio como fuera de él, y adopción) y, en relación con las TRA solo se había reconocido la filiación consecuencia de la fertilización *in vitro*.

A pesar de lo anterior, es criticable que ese reconocimiento de entonces no se promovido desde el órgano legislativo, por el contrario, fue consecuencia de una condena internacional donde se declaró que el país violentaba los derechos sexuales y reproductivos por no regular la técnica. Este contexto permite afirmar que hubo desinterés, falta de información y de personas especialistas en la materia, que puedan brindar capacitación en torno a la filiación derivada de las TRA, pero además incentivar su reconocimiento, mediante proyectos de ley.

Sin embargo, actualmente, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, se hace una reforma al artículo 8 del Código de Familia, siendo que en el párrafo segundo dice:

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público internacional, y deben ser ponderados por la autoridad competente con ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas por medio de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Si bien esta norma es más amplia que lo reconocido en el artículo 72 del CF, lo cierto del caso es que continúa presentando una redacción muy genérica, la cual permite abrir el debate a preguntas, tales como: ¿Qué técnicas reconoce exactamente? ¿Toma en cuenta la voluntad procreacional como base en las TRA? ¿Contempla la gestación por sustitución? ¿Le permite amplio margen de discrecionalidad a la persona juzgadora a efectos de que determine la filiación?

Existen altas probabilidades de que las respuestas a estas interrogantes se den vía jurisprudencial, puesto que, actualmente en Costa Rica, la práctica no está regulada y se cuestiona si el artículo es un intento de regulación de ella, ya que situación similar se presentó en Chile y, en el país suramericano se afirmó que, a pesar de la redacción genérica, no se contempló la gestación por sustitución.

Sin embargo, una primera aproximación de respuesta a estas interrogantes planteadas se obtuvo de la entrevista realizada a la M.Sc. Chinchilla Calderón, quien afirmó, mediante entrevista realizada en abril del 2022 que, por la forma en la que se plantea el término “Técnicas de Reproducción Asistida”, sí se debería incluir a la gestación por sustitución en su interpretación, por cuanto esta última forma parte de las TRA⁵³

Reconocimiento de la filiación en casos de maternidad por sustitución en el campo internacional

Como se verá a continuación, la forma en cómo se reguló la maternidad por sustitución varía de un país a otro, e incluso, dentro de un mismo país, de Estado a Estado. Es por eso que su estudio se hará desde cuatro ejes relevantes: a) cómo definen la maternidad por sustitución o, si más bien es un concepto que debe deducirse; b) sujetos intervinientes, sean estos partes comitentes y mujer gestante, así como los requisitos que según cada legislación deberán cumplir, a efectos de ser considerados como tales y poder incurrir en la técnica; c) limitaciones y/o

⁵³ M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón, entrevista, Liberia, Costa Rica, abril 25, 2022.

prohibiciones que se presentan para su acceso y, finalmente, d) otras diferencias relevantes que se resaltan por la manera en que se reguló o no.

A.- Estados Unidos

El país norteamericano se caracteriza por ser uno de los pioneros en esta materia (como el célebre caso Baby M.), sin embargo, actualmente, la situación en torno a la gestación por sustitución varía de Estado a Estado. Mientras que en algunos es legal; en otros es prohibido, y se penaliza con cárcel, o incluso hay regulación, pero con limitaciones.

El Estado de Illinois

a) Definición de maternidad por sustitución

Se presenta como el más flexible en la materia. Castillo (2017) explica que, el Estado ha regulado desde el contrato hasta el nacimiento, lo cual incluye la filiación. Según la base de datos de la Asamblea General de Illinois⁵⁴ en el Estatuto 750-47 se regula lo relativo a la gestación por sustitución. Propiamente, en la sección 10, la define de la siguiente manera:

"Gestational surrogacy" means the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child created through in vitro fertilization using the gamete or gametes of at least one of the intended parents and to which the gestational surrogate has made no genetic contribution.⁵⁵

"Subrogación Gestacional: significa el proceso por el cual una mujer intenta llevar y dar a luz a un niño creado a través de fertilización in vitro usando el gameto o gametos de al menos uno de los padres

⁵⁴ Illinois General Assembly, "*Illinois Compiled Statutes*" (2021), consultado 30 de diciembre, 2021, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>

⁵⁵ Illinois General Assembly, "*Illinois Compiled Statutes*" (2021), consultado 30 de diciembre, 2021, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>

intencionales y para el cual la gestante subrogada no ha hecho contribución genética”.⁵⁶

De la definición anterior, se extrae como aspectos más importantes que debe existir aporte genético de al menos una de las partes comitentes – lo que en Illinois se denomina “*intented*” – y, a su vez, la mujer gestante no debe aportar el suyo. También es importante mencionar que, en Illinois se exige que la persona menor de edad debe nacer en el Estado, sin importar si los padres o madres sean residentes del Estado o no.

b) Sujetos intervinientes y sus requisitos

El Estado de Illinois lo permite únicamente para personas solteras o parejas heterosexuales, siempre y cuando estos últimos sean quienes aporten los gametos. Ávila Hernández (2017), explica que, además, para acceder a la gestación por sustitución en este Estado, deben cumplirse los siguientes requisitos, que están regulados en la sección 20 del Estatuto en mención:

1.- La mujer gestante debe tener al menos 21 años, haber dado a luz previamente a un hijo sano, tener aptitud mental y física, haber realizado consultas legales, contar con seguro médico y, bajo ninguna circunstancia, puede aportar sus propios óvulos.

2.- En cuanto a la parte comitente, al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño; debe existir necesidad médica para optar por esta vía, documentada por medio de declaración jurada de médico especialista; haber completado un examen de salud mental; y haber efectuado consultas legales.⁵⁷

⁵⁶ Traducción propia.

⁵⁷ Carlos Javier Ávila Hernández, “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Revista Cuadernos de Derecho Actual*, No. 6 (2017): 337, consultado 24 de enero, 2021, <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/101/124>

3.- La mujer gestante y su pareja – en caso de tenerla – debe (n), comprometerse a entregar al niño una vez que nazca. Y la pareja comitente debe comprometerse a recibir al niño o niña. En caso de que este compromiso – que se presume debe ser escrito – no es aportado, la persona juzgadora determinará la custodia y filiación del o la menor, basándose en la intención de las partes.

c) Limitaciones y/o prohibiciones

La sección 750-47 no impone expresamente limitaciones y/o prohibiciones previas para acudir a la técnica, sin embargo, en la sección 70 señala que el contrato por el cual se acordó la gestación es irrevocable, es decir, no se puede establecer un proceso para tratar de invalidarlo, o bien, impugnar la paternidad, siempre y cuando hayan pasado doce meses desde el nacimiento de la persona menor de edad, se entiende que si es dentro de este plazo, sí procede su revocación por causales justificadas.

El Estado de California

a) Definición de maternidad por sustitución

En este caso, la gestación por sustitución no está expresamente regulada ni definida como tal, pero utilizando como base el artículo 7630 inciso f del Código de Familia de California, la filiación derivada de la práctica se ha regulado e interpretado jurisprudencialmente. El artículo dice: “(f) A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction agreement”.⁵⁸

⁵⁸ California Legislative Information, “*Family Code, Chapter 4 Determination of Parent and Child Relationship*”, art. 7630 inciso f, consultado 30 de diciembre, 2021, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=3.&chapter=4.&article=1.

“(f) Una parte en un acuerdo de reproducción asistida podría iniciar una acción en cualquier momento para establecer una relación padre e hijo consistente con la intención expresada en ese acuerdo de reproducción asistida”.⁵⁹

La norma permite, a grandes rasgos, que una persona que fue parte en un acuerdo de reproducción asistida está facultada para iniciar una acción que pretenda establecer una relación de padre-hijo, en razón de su intención expresada previamente en el contrato.

Esta acción debe plantearse antes del nacimiento y si la pretensión es declarada con lugar, se emite un “*pre-birth judgement*” (o juicio prenatal), el cual:

confirmará los derechos parentales, estableciendo la filiación del nacido a su favor por medio de una sentencia previa al nacimiento, que rompe además la posible filiación que se pudiera determinar a favor de la gestante y de su marido, si lo hubiera. La sentencia ordena al hospital que en el certificado de nacimiento debe constar el nombre de la parte comitente.⁶⁰

En los casos en que esta sentencia no se aporte después del nacimiento, la filiación queda establecida con la mujer gestante y, su marido, si está casada.

b) Sujetos intervinientes y sus requisitos; limitaciones y/o prohibiciones

Como se indicó supra, al no estar la gestación por sustitución expresamente regulada, no hay tampoco requisitos que se les exijan a las partes intervinientes – aparte del *pre-birth judgement*, pero este es posterior a incurrir en la técnica – así como tampoco prohibiciones para acudir a ella. Debe advertirse, además, que se desconoce si en materia jurisprudencial se ha realizado algún listado de requisitos

⁵⁹ Traducción propia.

⁶⁰ Carlos Javier Ávila Hernández, “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Revista Cuadernos de Derecho Actual*, No. 6 (2017): 338, consultado 24 de enero, 2021, <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/101/124>

que deban cumplir las partes comitentes, o bien, de prohibiciones para incurrir en la técnica, por el motivo de conocer únicamente casos donde propiamente solo se resolvió sobre la filiación.

c) Otros aspectos relevantes

Tanto el Estado de Illinois como el de California han sido los únicos que han regulado de forma “completa” la gestación por sustitución, pero entre estos y otros Estados pueden resaltarse aspectos relevantes, tales como:

- 1- La orientación sexual: en Illinois solo se admite entre parejas heterosexuales, mientras que California lo admite con independencia de la orientación sexual.
- 2- Formas de gestación: dependiendo del Estado, se admite comercial, por ejemplo, en Illinois, o bien, altruista como en los casos de Nueva York y Nebraska.
- 3- Modalidades de gestación: de los Estados bajo estudio, se puede afirmar que, en ambos, se admite la modalidad gestacional, es decir, la mujer gestante no aporta material genético. En el caso de Illinois, la ley expresamente lo indica, mientras que, en California, el juicio prenatal excluye del vínculo filial a la mujer gestante.
- 4- Reconocimiento de la filiación: la mayoría de Estados, a pesar de sus diferencias en cuanto a regulación, ha optado porque la filiación siempre quede en favor de las y los comitentes, en razón de ser quienes tenían la intención de convertirse en padres.

B.- México

México presenta una situación similar a Estados Unidos, en relación con la gestación por sustitución. Debido a ser también un país compuesto por Estados, como explica Ávila Hernández (2017), cada Estado está autorizado para legislar de forma particular en materia civil y familiar. Es por esto que se encuentran Estados

donde la práctica es prohibida o nula – como Querétaro y Coahuila – y otros donde es permitida – como el caso de Tabasco y Sinaloa.

Centrados en estos últimos dos Estados, donde la práctica es permitida, es menester resaltar que ambos regulan la maternidad por sustitución de manera diferenciada.

Estado de Tabasco

a) Definición de gestación por sustitución.

El Estado mexicano sí regula la práctica al expresamente establecer cómo se dará la filiación en dichos casos, mas no da una definición como tal.

Al respecto, el artículo 92 del Código Civil, titulado “Deber de reconocer al hijo”, en su párrafo tercero dice:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.⁶¹

b) Sujetos intervinientes y sus requisitos

A pesar de lo anterior, el Estado sí define expresamente en el artículo 92 del Código los conceptos de “*madre gestante sustituta*”, “*madre subrogada*” y “*madre contratante*” e, incluso, realiza una diferenciación entre ellas.

En su párrafo cuarto establece lo siguiente:

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación,

⁶¹Código Civil para el Estado de Tabasco.

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://docs.mexico.justia.com/estatales/tabasco/codigo-civil-para-el-estado-de-tabasco.pdf>

mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.⁶²

En relación con requisitos que deben cumplir las partes no se regula nada en específico, incluso, no hay mayor regulación que la mencionada y, se excluye significativamente al varón comitente, no habiendo pronunciamiento al respecto.

c) Limitaciones y/o prohibiciones

Se reitera que, si bien el artículo deja por fuera aspectos trascendentales, puede derivarse que sí hay ciertas prohibiciones o limitaciones para acceder a la práctica en este Estado.

En primer lugar, que no sería admitida hacia parejas homosexuales, ya que solo contempla casos de mujeres comitentes que estén solteras o casadas con varones; incluso, el artículo 92 finaliza diciendo que, si la mujer comitente es casada, deberá emplazarse al marido como padre, no pudiéndose darle a otro tal calidad.

En segundo lugar, no hay pronunciamiento acerca de si es en forma altruista o comercial, pero por su redacción parecería indicar que la admite de forma altruista.

En tercer y último lugar, dados los casos donde hay madre subrogada, la presunción de maternidad la ostentará esta por cuanto aporta parte de su material genético y la mujer comitente deberá recurrir a la adopción a efectos de entablar la filiación; mientras que, cuando hay aporte de material distinto al de la mujer gestante la presunción de maternidad la ostenta la mujer comitente.

⁶²Código Civil para el Estado de Tabasco.
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://docs.mexico.justia.com/estatales/tabasco/codigo-civil-para-el-estado-de-tabasco.pdf>

Estado de Sinaloa

a) Definición de maternidad por sustitución

En el Código de Familia⁶³ el Estado de Sinaloa sí regula la maternidad por sustitución y la define expresamente, así como su consecuente filiación en el artículo 283 de la siguiente manera:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.⁶⁴

Por su parte, en el artículo 284 también define cuáles son las formas de subrogación admitidas, sean: subrogación total (mujer gestante aporta óvulos y vientre), subrogación parcial (mujer gestante aporta vientre), comercial (establece que es similar a dar un servicio en donde se paga una cantidad cierta y determinada además de los gastos de embarazo), y la altruista (se realiza de manera gratuita).

b) Sujetos intervinientes y sus requisitos

En el artículo 283 párrafo segundo únicamente se establece los requisitos para poder ser mujer gestante. Al respecto dice, deben ser: “mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre”.⁶⁵

⁶³ Código Familiar del Estado de Sinaloa. https://leyes-mx.com/codigo_familiar_sinaloa/285.htm

⁶⁴ Íbid, art.283.

⁶⁵ Código Familiar del Estado de Sinaloa. https://leyes-mx.com/codigo_familiar_sinaloa/285.htm

Sin embargo, en relación con las partes comitentes no se pronuncia al respecto, en relación con requisitos que estos deban cumplir.

c) Limitaciones y/o prohibiciones

Ahora bien, en el artículo 285 se establecen cuáles son las prohibiciones para ser mujer gestante, siendo que, no puede padecerse de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o cualquier toxicomanía; además, durante el período de gestación se le harán visitas sociales, a efectos de asegurar que la mujer gestante no se encuentre en un ambiente de violencia en su vida privada.

Al igual que con los requisitos, sobre prohibiciones impuestas a las personas comitentes, no hay pronunciamiento en concreto, aunque solo permite que accedan a ella parejas heterosexuales.

d) Otros aspectos relevantes

En el caso del Estado de Sinaloa, si bien el Código no se pronuncia expresamente sobre cómo estará definida la filiación, se puede extraer que la intención de la persona legisladora, es que esta se produzca entre la persona menor de edad y los sujetos comitentes, puesto que expresamente señala que, una vez terminado el parto, la mujer gestante no tendrá mayor relación con los sujetos comitentes.

C.- Chile.

a) Definición de maternidad por sustitución, sujetos intervinientes y limitaciones y/o prohibiciones

El 26 de octubre del año 1998 se publica la Ley 19.585, la cual introduce una serie de reformas, principalmente en materia de familia, al Código Civil chileno. En relación con lo que atañe a la investigación, en el Título VII titulado “De la filiación, reglas generales”, se introdujo el artículo 182 que establece lo siguiente:

Artículo 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta.⁶⁶

A pesar de lo anterior, en el país suramericano se afirmó que el mencionado artículo no contempla ni regula la gestación por sustitución, por ende, se puede entender que ella no está definida ni tampoco se puede inferir del artículo. Como consecuencia de lo anterior, no se han fijado requisitos específicos que deban cumplir las partes intervinientes, a efectos de ser candidatos para acudir a la técnica, ni se han establecido limitaciones y/o prohibiciones para las personas comitentes.

Sin embargo, en razón de la situación particular ocurrida durante el año 2018, año en el que se emite la primera sentencia que resuelve sobre la filiación en un caso de gestación por sustitución (Tribunal de Familia del 8 de enero del año 2018).⁶⁷, es menester traerla a conocimiento, por cuanto es un precedente de la materia en dicho país. De igual forma, se advierte que en la resolución tampoco se consideraron los ejes mencionados.

Se analiza el caso de una pareja heterosexual en la cual la mujer, luego de dos abortos naturales, pierde su útero y, consecuentemente, su capacidad para engendrar. A raíz de lo anterior, la abuela materna acepta prestar su vientre y, se le inserta el óvulo de su hija fecundado con el esperma del marido. Durante todo el período de gestación, la madre comitente se mantiene pendiente de los cuidados

⁶⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Ley 19585". Última actualización s.f. Consultado 28 de setiembre 2020 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=126366>

⁶⁷ Tribunal de Familia de Chile, Resolución 8 de enero de 2018. <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/45-repo-matriz/materias/familia/235-08-01-2018-maternidad-sobrogada-y-tecnicas-de-reproduccion-asistida-familia>

de las no nacidas e, incluso, se somete a un tratamiento para posteriormente poder amamantarlas.

Al nacer ambas niñas, estas son inscritas con los apellidos del padre comitente y de la abuela materna, excluyendo a la madre comitente. Ambos padres comitentes deciden interponer un proceso de desplazamiento y emplazamiento de maternidad, teniendo como base el artículo 182 del Código Civil. La abuela materna acepta todos los hechos y exige como pretensión que se le quite la calidad de madre de sus nietas.

Luego de describir el material probatorio, el Tribunal de Familia en el considerando sexto analiza el artículo 182 del Código Civil. Del análisis histórico que realiza concluye que la persona legisladora chilena, si bien estableció un capítulo generalizado, este no contemplaba situaciones como la gestación por sustitución u otras tan particulares, sino aquellas circunstancias en las que, al menos la mujer que se sometía a la técnica fuera la misma que da a luz.

Posteriormente, en el considerando séptimo, analiza los derechos sexuales y reproductivos de la pareja, sobre todo, de la mujer comitente. Utilizando como base lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, concluye que en Chile estos derechos también deben serle reconocidos, tanto a la mujer que puede procrear por sí misma como a la que no.

De ahí que, reconoce que el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política chilena, al contemplar el derecho a fundar una familia, también abarca el derecho a procrear de la madre comitente, aunque esté biológicamente imposibilitada.

Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, este correspondería, tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo, correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también

incluirían las técnicas de reproducción asistida, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida su incapacidad biológica de ser madre, y su voluntad de serlo.⁶⁸

En el considerando octavo, analiza el derecho de identidad de las niñas, así como también el interés superior de estas. Realizando una enumeración de los aspectos que conforman los derechos mencionados y, a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 7) y el Pacto de San José de Costa Rica (art. 18), concluye que, en materia de filiación, no hay una única verdad, por el contrario, hay múltiples; sea la afectiva, la biológica, la sociológica, la voluntaria y la temporal.

Así, reconoce que, al concurrir todas estas verdades en la relación que tiene la mujer comitente con las menores, la identidad de las niñas es que son hijas genéticas, afectivas y sociales de la madre comitente.

En el considerando noveno estudia la tesis voluntarista, en relación con el artículo 182 en mención, sin embargo, concluye que no la abarca del todo, en virtud de que no se contempló situaciones tan complejas. Pero, párrafos más abajo, pasa a analizar un punto medular y, a criterio propio, marca un precedente que destrona la presunción “*madre siempre es cierta*”. Al respecto indica:

Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero **una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente.** Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo

⁶⁸ Tribunal de Familia de Chile, Resolución 8 de enero de 2018. <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/45-repo-matriz/materias/familia/235-08-01-2018-maternidad-sobrogada-y-tecnicas-de-reproduccion-asistida-familia>

para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración el interés superior de estas niñas, el que no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.⁶⁹

Es a partir de los considerandos explicados, que finalmente resuelve desplazar a la abuela materna y emplazar a la mujer comitente como madre de las menores, además, ordena el cambio registral en el segundo apellido de las niñas. Da mayor peso a la voluntad procreacional, al efecto y posesión notaria de Estado, así como al derecho de identidad e interés superior de las menores.

Finalmente, si bien Chile presenta importantes vacíos legales en materia de gestación por sustitución, lo cierto del caso es que la sentencia constituye un precedente que marca un antes y un después en cuanto al reconocimiento de la filiación, a partir de la voluntad procreacional, en los casos de gestación por sustitución, mas no sirve como instrumento para definir la técnica, ni mucho menos para crear requisitos y limitaciones para acudir a ella en dicho país.

e) Otros aspectos relevantes

En relación con el artículo 182 mencionado supra, si bien no aplica para la gestación por sustitución, sí sirvió como base para que al menos la pareja pudiera acudir a la vía judicial; es por ello que deben mencionarse los siguientes aspectos relevantes sobre él:

En primer lugar, se evidencia la influencia de la tesis voluntarista, al reconocerse expresamente con la calidad de padres a quienes por voluntad se sometió a las técnicas de reproducción asistida.

⁶⁹ Tribunal de Familia de Chile, Resolución 8 de enero de 2018. <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/45-repo-matriz/materias/familia/235-08-01-2018-maternidad-sobrogada-y-tecnicas-de-reproduccion-asistida-familia>

En segundo lugar, únicamente hay reconocimiento filial entre parejas heterosexuales, de ahí se puede afirmar que, cuando son parejas homosexuales no se encuentra regulado, mas no expresamente prohibido.

En tercer lugar, le otorga una carga determinante a la voluntad procreacional como base para establecer la filiación. Al prohibir que la filiación se impugne resalta que lo querido tendrá prevalencia por encima de no compartir vínculos genéticos o biológicos, según sea el caso, es decir, si ambos quisieron convertirse en padre y madre, no puede impugnarse posteriormente la filiación derivada de su decisión.

Y, en cuarto lugar, el artículo tiene una redacción muy genérica, por lo que se enfrasca en la discusión de si contempla o no a todas las TRA.

D.- Brasil

a) Definición de maternidad por sustitución

Actualmente, en el país suramericano no existe legislación formal – entendida esta como aquella emitida por el órgano legislativo correspondiente – en materia de gestación por sustitución, sin embargo, el ente que se ha encargado de darle regulación a la situación jurídica ha sido el Consejo Federal de Medicina.

En el año 2013 emite la resolución 2013⁷⁰ con la que regula en general las técnicas de reproducción asistida, pero además en el considerando VII establece los lineamientos a efectos de regular la gestación por sustitución. Esta resolución marca un precedente y se configura como el principal marco regulatorio en materia de gestación por sustitución en el país.

Posteriormente, esta resolución es revocada por la resolución n° 2121-2015⁷¹, la cual introduce cambios no tan significativos, pero restringe ciertos

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/13
<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>

⁷¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>

aspectos como la edad de la mujer gestante que no puede exceder de los 50 años. En el año 2017, nuevamente la resolución es revocada y modificada por la resolución n° 20168⁷². Finalmente, el 15 de junio del año 2021, la resolución anterior es modificada y revocada por la resolución N° 2294⁷³. Esta última resolución, es la que rige actualmente.

Cabe mencionar que, si bien la resolución actual contempla aspectos novedosos (como que permite que acudan parejas homosexuales y personas transgénero), no define expresamente la gestación por sustitución. Sin embargo, el concepto sí logra derivarse, ya que la resolución autoriza a las clínicas a realizarla y, cuando establece los requisitos para ser mujer gestante (o cedente temporal como se le denomina en Brasil), establece que es quien recibirá un óvulo fecundado en su vientre para engendrar al hijo de otros.

b) Sujetos intervinientes y requisitos

En el considerando VII autoriza a las clínicas a que realicen como parte de las técnicas de reproducción asistida la gestación por sustitución a parejas que presenten un problema médico que contraindique un embarazo, así como también a parejas homosexuales y personas solteras.

Previo a enlistar los requisitos que deben verificar las clínicas a efectos de llevar a cabo la práctica, es necesario que: a) la mujer gestante tenga al menos un hijo vivo y b) sea pariente de alguno de los sujetos comitentes hasta en cuarto grado de consanguinidad.

⁷² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

⁷³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.294/2021
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>

Advierte que, en casos donde estos requisitos no se cumplan, se requerirá autorización judicial o del Consejo Federal de Medicina. Otro requisito previo c) es que la gestación (o donación de vientre como se le denominó en Brasil), debe ser gratuita, estando expresamente prohibido que tenga carácter lucrativo o comercial.

Ahora bien, las clínicas deberán recibir de los sujetos intervinientes los siguientes documentos, que también son requisitos para lograr acceder a la práctica:

1.- Por escrito el consentimiento libre e informado de la pareja comitente, así como de la mujer gestante, debiendo contemplar aspectos biosicosociales, de riesgos durante el embarazo y la filiación de la persona menor de edad en el momento de nacer.

2.- Informe médico que acredite la idoneidad clínica y emocional de los involucrados en la técnica.

3.- Compromiso entre la paciente y la donadora temporal en la cual la última se compromete a recibir el embrión en su útero y dejándose clara la filiación.

4.- Los sujetos comitentes deberán comprometerse a contratar servicios, privados o públicos, de tratamiento y seguimiento médico a la donadora temporal, el cual se extiende hasta el puerperio⁷⁴.

5.- Compromiso emitido por el Registro Civil que acredita a los padres comitentes, este deberá aportarse durante el embarazo.

6.- En caso de que la donante de útero sea casada o esté en una relación, deberá aportarse la aprobación de su cónyuge o pareja por escrito.

⁷⁴“Período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación”, Diccionario de la Lengua Española (2021).

c) Limitaciones y/o prohibiciones

Sobre este punto particular, el Consejo Federal no realizó ninguna lista, pero expresamente prohibió la forma comercial y además se entiende que, la falta de alguno de los requisitos mencionados es causal para rechazar el acceso a la práctica.

d) Otros aspectos relevantes

Como puede observarse, la regulación implementada por el Consejo Federal de Medicina es bastante completa, incluso contempla que una persona pueda acceder a cualquier TRA *post mortem*, siempre y cuando haya dejado su consentimiento escrito. Además, se extrae claramente que, en relación con la filiación, lo que se busca es que esta esté determinada por los sujetos comitentes desde el inicio de la práctica, reafirmandose después durante el período de embarazo.

Si bien, no se ubica pronunciamientos del Registro Civil, de lo estudiado se entiende que, al nacer la persona menor de edad, y al tenerse ya la autorización – lo que ellos denominan “Compromiso” – esta deberá inscribirse con los apellidos de los sujetos comitentes.

E.- Argentina

a) Definición de maternidad por sustitución, sujetos intervinientes y requisitos, límites y/o prohibiciones

El país suramericano se encontró enfrascado en un debate en relación con el tema, ya que, según afirman Notrica y otros (2017), a pesar de la falta de legislación, en la vía jurisdiccional sí se resolvió sobre la filiación en casos de maternidad por sustitución e, incluso, las sentencias fueron favorables para los sujetos comitentes. Esto tuvo como consecuencia que, en el año 2012, cuando se presentó el anteproyecto de Ley para reformar el Código Civil y Comercial de Argentina se estableciera un artículo que regulara la gestación por sustitución.

Al respecto, el artículo decía:

Artículo 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial⁷⁵

A pesar de no definir la práctica como tal, sí proponía requisitos que debían ser revisados por la persona juzgadora, a efectos de que la práctica fuera procedente. Dentro de ellos se menciona: que se tomara en cuenta el interés superior del niño que nacería; la capacidad plena, física y psíquica de la mujer gestante; que al menos uno de los comitentes aporte material genético y que ambos tengan imposibilidad para concebir. Sin embargo, este artículo no fue aprobado ni integrado en la versión final que se aprobó y rige actualmente.

Esto acarrió en que, durante el año 2015, se presentara un proyecto de Ley (S-2574/15), que buscaba regular integralmente la gestación por sustitución. En el artículo 2 se definía la práctica como:

una forma de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.⁷⁶

⁷⁵ Luis Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Aida Kemelmajer de Carlucci, "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", 2012, consultado 7 de enero, 2022, <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>

⁷⁶Laura Gisela Montero, "Proyecto de Ley". (2015), <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/366126/downloadPdf>

Por su parte, en los artículos 4 y 5 se regulaban los requisitos que debían cumplir las partes, así como también debía aportarse una autorización judicial para poder acceder a la técnica. Pero, el presente proyecto tampoco fue aprobado e incluso el expediente caducó en el año 2017.⁷⁷

Dadas las trabas que ha sufrido la materia, en Argentina actualmente no se regula la técnica. A pesar de que en el artículo 2634 del Código Civil y Comercial se dispone que:

Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.⁷⁸

Se podría interpretar que, si una pareja comitente recurrió a la técnica en el extranjero, se le debería reconocer su filiación, lo cierto del caso es que la maternidad por sustitución no fue contemplada, ni definida por la persona legisladora argentina como una TRA, y este artículo está relacionado con la Ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, por lo que la gestación por sustitución quedaría excluida de la aplicación de este artículo, en relación con el emplazamiento filial.

Por lo anterior, se considera que, actualmente en Argentina, no hay legislación sobre el tema por ser rechazados ambos proyectos. Tampoco está definida y, al igual que su contraparte chilena, tampoco hay lineamientos que definan a los sujetos intervinientes, cuáles son los requisitos que deben cumplir, o bien, si hay límites y/o prohibiciones para recurrir a la práctica.

⁷⁷Al respecto, véase el siguiente link, para ampliar información:
<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2574.15/S/PL>

⁷⁸Código Civil y Comercial de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Infojus*, 2014.
http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

F.- España

El país europeo es, sin duda, uno de los que mayor doctrina ha emitido en torno al tema de la gestación por sustitución debido a que actualmente representa un tema en fuerte discusión en los diferentes órganos estatales. Por un lado, a nivel legislativo se emite la Ley N° 14-2006 que regula las TRA, pero declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución – sea altruista o no – y, por ende, prohibiendo la práctica (art. 10). A su vez, se apega a la presunción de que la partícipe del parto es la madre de la persona menor de edad.

Por otro lado, se tiene a la Dirección Nacional de Registro y Notariado- símil del Registro Civil en Costa Rica - que durante algunos años estuvo inscribiendo filiaciones como resultado de la práctica. Para esto se basó en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil; emite en el año 2009 una directriz en la cual argumenta que, la institución únicamente debe verificar que los certificados de nacimiento extranjeros sean legales y cumplan con los requisitos de forma y fondo para ser reconocidos en España, de ahí que, aquellos que los cumplan deben ser inscritos con los apellidos de quienes aparezcan como madres y padres, haya mediado o no, gestación por sustitución.

Posteriormente, se presentó conflictos similares, uno de ellos en Valencia, que fue resuelto por Juzgado de Primera instancia de Valencia, que rechazó la inscripción filial en favor de los comitentes, lo que provocó que la Dirección Nacional de Registro y Notariado reaccione “con celeridad, dictando una instrucción, la de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, facilitando una continuidad en la práctica o

política ministerial favorable a la inscripción de la filiación en favor de los padres intencionales”.⁷⁹ Sin embargo, esta directriz solo tuvo efectos jurídicos en Valencia.

Estos actos, según lo que establece Manuel Moreno en su obra (2015), también fueron rechazados por la resolución emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en fecha 6 de febrero del 2014. A raíz de lo anterior, la pareja comitente que se vio afectada – puesto que primero se les reconoció la filiación y luego se les rechazó – acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y este último les reconoció la filiación mediante la sentencia de 26 de junio de 2014.

La mayoría de autores que analizan la situación jurídica de España en torno a este tema, se basan en los casos mencionados. Ávila Hernández (2017), en su obra analiza los casos, pero destaca que la adopción por parte de las y los comitentes que quedan excluidos sería la solución temporal a la problemática, ya que el ordenamiento jurídico español no prohíbe la adopción.

Igareda (2018), propone que la técnica debería legislarse en una ley distinta de la Ley N° 14-2006, pero que esta última sí debería tener cierta aplicación analógica. Con esto, su posición parte de estar a favor de legalización de la práctica en España. Hernández, comparte su postura y en su obra plantea una propuesta de Ley que busca regulación la gestación por sustitución, sin embargo, se desconoce si la planteó o no.

Debe recalcar que, en el país europeo, gran parte de la discusión versa en la vulneración a los derechos humanos a los que se ven expuestos las personas menores de edad y las mujeres gestantes, cuando el contrato es de naturaleza comercial. Es por esto que, los tribunales superiores⁸⁰ han optado una postura

⁷⁹ Manuel José Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, No. 116, (2015): 23, consultado 31 de agosto, 2020, <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516>

⁸⁰ Véase la sentencia del Tribunal Supremo Sala Civil Gabinete Técnico de 31 de marzo de 2022, <https://es.scribd.com/document/568160510/Sentencia-Suprem-Gestacio-Subrogada>

proteccionista de los derechos humanos y, han resuelto que, en efecto los contratos de gestación por sustitución comercial son violatorios de derechos fundamentales contrarios al orden público, así como también a diversas convenciones de derechos humanos y del niño de los que España es parte.

Es tomando en cuenta la postura de los Tribunales que, en fecha 16 de julio del año 2019, se presentó una propuesta de Ley titulada: “Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos”.⁸¹

a) Definición de gestación por sustitución

Este proyecto tiene como objetivo regular la gestación por sustitución vista como un derecho que tienen las parejas con imposibilidades para concebir. Dicha propuesta es bastante novedosa, incluso podría afirmarse que se une al criterio seguido por la CIDH y el TEDH, en relación con el reconocimiento de los derechos reproductivos. En relación con los principios, prioriza el bienestar de los sujetos partícipes, especialmente el de las personas menores de edad, mujeres gestantes y comitentes.

Debe recalcar que, uno de los puntos más importantes que presenta la propuesta es que brinda una definición expresa de lo que se entiende para sus efectos la gestación por sustitución. Así, el artículo 3 inciso a) dice:

«Gestación por sustitución»: es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta donar su capacidad de gestar mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por

⁸¹ Grupo Parlamentario Ciudadanos, “Proposición de Ley Reguladora del Derecho a la Gestación por Sustitución”, *Boletín Judicial de las Cortes Generales*, No. 46-1, 16 de julio, 2019 https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes.⁸²

A su vez, también regula y define en el inciso d) del mismo artículo el contrato de gestación, siendo lo más destacable de él, que el contrato deberá ser un documento público, se asume que se pacta ante persona notaria, en el cual las partes acuerdan como objeto del contrato el que una mujer será la gestante de sus hijos.

b) Sujetos intervinientes y requisitos

En relación con este eje en particular, el Proyecto también es bastante completo. A continuación, se procederá a enlistar algunos de los requisitos más importantes:

1.- Las partes comitentes deben demostrar que fueron incompatibles con otras técnicas de reproducción humana.

2.- Debe garantizarse el éxito y viabilidad de la gestación por sustitución.

3.- En el artículo 7 se establece que la mujer gestante debe ser mayor de veinticinco años, pero menor a una edad, donde ya sea riesgoso engendrar; tener buena salud física y psicológica, haber tenido con anterioridad un hijo propio, tener una condición económica estable, que le permita llevar a buen término el embarazo; no tener antecedentes de consumo de drogas, no haber sido mujer gestante con anterioridad ni tener antecedentes penales.

3.- En lo que respecta a las partes comitentes, los requisitos son más abiertos. Según el artículo 8 deben ser mayores de veinticinco años, pero menores de cuarenta y cinco; deben estar en plena capacidad física, mental

⁸² Grupo Parlamentario Ciudadanos, “Proposición de Ley Reguladora del Derecho a la Gestación por Sustitución”, *Boletín Judicial de las Cortes Generales*, No. 46-1, 16 de julio, 2019 https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

y legal para ejercitar la responsabilidad parental y para esto, deben aportar un certificado de idoneidad. Finalmente, en los casos donde sea un matrimonio, deberán aportar el certificado matrimonial.

c) Límites y/o prohibiciones

Propugna por la gestación por sustitución altruista, prohibiendo expresamente que este tenga algún carácter lucrativo o comercial. Pero, esto no descarta – de hecho, lo impone como obligación a los comitentes – que los padres intencionales deban cubrir los tratamientos médicos, molestias, inconvenientes laborales, cualquier lucro cesante que la gestante deje de percibir como consecuencia del embarazo, traslados que deba hacer e, incluso, proporcionarle las condiciones idóneas para que el embarazo se lleve a buen término.

También, queda expresamente prohibido, que la mujer gestante aporte material genético únicamente los padres intencionales serán los facultados para esto, sin embargo, el proyecto no es claro en sí, prohíbe que las partes comitentes aporten material de otra persona donante ajena, ya que no hace mención a esta situación.

c) Otros aspectos relevantes

El proyecto va más allá y, se reitera, realiza una propuesta que podría catalogarse como la más completa de acuerdo con lo investigado. Es por eso que reviste importancia traer a conocimiento otras situaciones que contempla, tales como:

En el capítulo 6, inciso 1, reconoce que la decisión de gestar para otras personas es un derecho de la mujer gestante, siempre que cumpla con todos los requisitos de la Ley, pero la gestación deberá ser sin su material genético. También, le asiste a ella el derecho de decidir interrumpir el embarazo, sin que esto le conlleve consecuencias, siempre y cuando lo haga en los términos señalados por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción

voluntaria del embarazo. Otro aspecto importante, es que la gestante goza de seguro médico, el cual deberá ser cubierto por las partes comitentes.

Finalmente, para efectos de la transferencia embrionaria, el proyecto remite a la Ley N° 14-2006. A su vez, en este capítulo queda expresamente regulado que la mujer gestante no tendrá ningún vínculo con la persona menor de edad nacida; reconoce a los comitentes como padres y madres, desde el momento en que el contrato se formalice, y estos últimos no podrán impugnar la filiación en ninguna circunstancia.

Para concluir, es importante mencionar que, se desconoce – porque no hay información al respecto –, si el proyecto fue o no aprobado. De momento, puede afirmarse que no, ya que no hay noticias al respecto.

Corolario

Del capítulo anterior, se puede deducir, con facilidad que, el camino para definir y regular la gestación por sustitución ha sido largo. Las constantes discusiones que se han presentado en torno a la técnica demuestran la complejidad de ella, lo cual ha repercutido en que esta no se regule, se prohíba o se regule de manera insuficiente.

En el caso de Costa Rica, el abordaje ha sido precario. Incluso, del estudio investigativo que se realizó en torno a la reforma del artículo 8 del Código de Familia por el Código Procesal de Familia, se obtuvo como resultado que el tema no llegó a ser discutido por el órgano legislativo y, cuando se consultó con una de las personas redactoras del artículo, no se obtuvo respuesta.

Esta falta de manifestación permite afirmar que las inquietudes que plantea la presente investigación no tienen una respuesta hasta el momento y que, en efecto, las obtendrán, o vía jurisprudencial, o mediante otro trabajo de investigación (el cual se incentiva, a fin de continuar creando un mayor acervo de doctrina nacional en la materia de gestación por sustitución).

Pero, a pesar de lo anterior, poco a poco se van mostrando atisbos de regulación más amplios en materia de reproducción humana asistida. Aún queda largo camino por delante, ya que - tampoco hay doctrina que oriente al respecto- los avances se van dejando ver poco a poco y, la presente investigación pretende ser pionera en la materia, aportando no solo doctrina vasta y abordando el tema de la manera más completa posible, sino también, proponiendo un proyecto de ley que regula la técnica de gestación por sustitución, el acuerdo y la filiación desde una óptica integral y de derechos humanos.

Por su parte, del estudio internacional sobre la regulación de la técnica, puede observarse que, a pesar de los intentos por brindar una regulación integral – como sucede en los casos de Brasil, (mediante el trabajo del Consejo Federal de Medicina), el proyecto de ley español y, el Estado de Tabasco en México -, aún no se realiza de forma completa, quedando importantes vacíos, los que no están siendo llenados por los órganos legislativos, aumentando con ello, la incertidumbre jurídica para la partes involucradas.

Capítulo III: El principio de igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación como fundamento legal para el reconocimiento de la voluntad procreacional de los sujetos comitentes que recurren a la maternidad por sustitución como medio para formar una familia

A.- La situación jurídica de los sujetos comitentes que recurren a la maternidad por sustitución a la luz del artículo 72 del Código de Familia Costarricense

Las tecnologías reproductivas han dado paso a innovadoras formas de filiación, las cuales no han sido reconocidas por gran parte de los ordenamientos jurídicos, especialmente, los pertenecientes a países de América Latina. En virtud de lo anterior, los vacíos legales han proliferado en materia de técnicas de reproducción asistida y, en aquellos casos donde se ha intentado regular la respuesta, por parte del ordenamiento, es insuficiente, tal como se observa en el capítulo precedente.

Como se adelantó, Costa Rica no es la excepción a esta situación.

Actualmente, la norma que contempla “en mayor medida” una TRA es el **Decreto Ejecutivo Nº 39616-S Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV)**. Sin embargo, en su contenido, el Decreto delega gran parte de la regulación de la técnica a los centros de salud, sean públicos o privados, para que sean ellos quienes creen sus propios protocolos para llevar a cabo la técnica, de ahí que se alega no se trata de una regulación completa en sí misma.

A su vez, establece quiénes podrán ser beneficiarias de la práctica, enfocándose, principalmente, en problemas de esterilidad. Ahora bien, normativa similar relacionada con la Fertilización *in vitro*, se encuentra en el artículo 72 del Código de Familia.

Como puede observarse, el resto de TRA no se encuentra contemplada por el ordenamiento jurídico y en lo que interesa para la investigación, la gestación por sustitución no ha sido considerada por las personas legisladoras, de ahí que en casos donde se llegase a presentar una situación de esta naturaleza – como se

mencionó en los antecedentes de la investigación -, no se cuenta con respuesta legal⁸³ y, la que eventualmente se daría, también violenta el principio de igualdad en los casos donde se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, como se explicará a continuación.

Efectivamente, las personas comitentes que deseen recurrir a la gestación por sustitución sufren una discriminación, cuyo origen se encuentra en la reiterada carente regulación de la práctica. Además, porque previo a la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, las formas de filiación que se reconocen son las tradicionales (biológica y legal).

Mas no se toma en cuenta que, cuando se entra en terreno de técnicas de reproducción asistida y, principalmente, de maternidad por sustitución, la fuente de filiación que se presenta es una de naturaleza socio-afectiva, la cual se fundamenta en la voluntad procreadora de los sujetos comitentes, quienes acuden a la técnica – ejerciendo con esto su derecho a la vida privada y familiar - con el fin de lograr su derecho humano de formar una familia.

Puede afirmarse que la reforma al artículo 8 del Código de Familia que propone la mencionada ley procesal es un paso importante, a efectos de reconocer la filiación derivada de las TRA, más la forma genérica en la que se encuentra redactado no da una verdadera garantía⁸⁴, en este caso, a las partes comitentes para lograr establecer filiación directa con la persona menor de edad nacida mediante gestación por sustitución.

⁸³A modo de observación, es importante traer a colación la opinión de la M.Sc. Chinchilla Calderón (2022); quien afirma que el tema debe ser regulado por dos motivos. Primero, porque sin la ley regiría la autonomía de la voluntad y esto puede tener afectaciones, especialmente, cuando se incurre a la gestación por sustitución comercial, por cuanto debe velarse porque estas decisiones sean respetuosas de los Derechos Humanos. Y, en segundo lugar, que dicha regulación debe partir desde un enfoque de Derechos Humanos y acorde con los diversos Tratados Internacionales en la materia; en especial, los que protegen de la trata de personas.

⁸⁴ Tampoco a la mujer gestante o a la PME.

Ahora bien, otra situación de gran relevancia que coadyuva a que la discriminación se mantenga es la presunción de maternidad que impera en el país. El principio “madre siempre es cierta”, durante muchos años fue incuestionable, ya que era impensable que la partícipe del parto no estuviera ligada genéticamente con la persona menor de edad. Más los avances tecnológicos llegan a permitir que un paradigma como ese pueda ser cuestionado. De ahí que, para los países ha sido difícil adaptarse al cambio.

Pero esta situación ha traído como consecuencia que sujetos comitentes sean excluidos y discriminados, ya que, en el caso de Costa Rica, siempre habrá una persona comitente que no será tomada en cuenta para la filiación, debido a que gracias a la presunción de maternidad se tendrá a la gestante como madre del menor. Incluso, si la mujer gestante es soltera, el niño o niña será inscrito con sus apellidos y los de la parte comitente que sí aportó material genético – entiéndase varones. Pero si es casada, será ella y su pareja quienes serán tomados como padres.

En el caso de parejas heterosexuales, la mujer comitente no será tomada en cuenta como madre, así haya aportado su propio material genético para que se lleve a cabo la unión de gametos y posterior fecundación.

Por su parte, en el caso de parejas homosexuales, la parte comitente que no aporte material genético quedará excluida también. En ambos casos, la solución residual que se ha dado es, que quienes quedan excluidos recurran a un proceso de adopción, a efectos de lograr tener un vínculo filial con la persona menor de edad.

La M.Sc. Chinchilla Calderón (2022), cataloga esta respuesta como una forma de paliar algunas afectaciones que pueden sufrir las personas involucradas, especialmente, las partes comitentes, pero alude a que dicha solución no contempla todas las implicaciones que giran en torno a la gestación por sustitución, sobre todo, las relacionadas con la mujer gestante (derecho a la salud mental y física, derechos sobre su propio cuerpo), y a la persona menor de edad (a conocer su origen, el

propio interés superior y, en algunos casos, que no se cuestiona si el antecedente contractual fue o no comercial y, por ende, respetuoso de los derechos humanos).⁸⁵

Ahora bien, actualmente no hay posibilidad para estas partes comitentes de desplazar a la mujer gestante desde antes del nacimiento, pero, caso contrario ocurre con el varón donante de material genético en los casos de fertilización *in vitro*. El propio artículo 72 del Código de Familia lo excluye expresamente de los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental, advirtiendo que, gracias a esto, para los efectos de filiación y paternidad, equivaldrá a cohabitación entre cónyuges.

La mencionada presunción sumada al hecho de que solo al varón donante se le permita ser excluido, permiten afirmar que la situación jurídica actual para las partes comitentes es que están siendo discriminados por el ordenamiento jurídico, en este caso, por su propia imposibilidad para procrear, además, se les violenta el principio de igualdad en estos casos, al excluírseles como padres o madres de las personas menores de edad, puesto que el ordenamiento jurídico costarricense no permite excluir y desplazar a la mujer gestante como madre.⁸⁶

Además, obvia los elementos implícitos y propios para fijar la filiación cuando se recurre a técnicas de reproducción humana asistida y, por otro lado, no se toma en cuenta la voluntad procreacional de quienes sí tienen el deseo y la intención de ser padres, recurriendo a la gestación por sustitución como medio para lograrlo.

⁸⁵ M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón, entrevista, Liberia Costa Rica, abril 25, 2022.

⁸⁶ Importante destacar que, a pesar que la Investigación afirma la existencia de una violación al principio de igualdad, la M.Sc. Chinchilla Calderón (2022), indicó que, en su criterio, no existe violación a este principio, por cuanto este implica tratar a iguales de la misma forma y, en tal supuesto, hay diferencias entre dos grupos, dadas esas diferencias en la materia, no puede aludirse una situación generalizada, sino más bien a situaciones particulares que deberán analizarse caso por caso.

- *El principio de igualdad y no discriminación en los casos en que se recurren a técnicas de reproducción humana asistida*

Como se ha venido explicando a lo largo de la investigación, la voluntad procreacional reviste gran importancia en el reconocimiento de las relaciones filiales – debe recordarse que el término “filiación” como tal, es un constructo jurídico –, pero tiene un peso mayor, cuando se está en presencia de la adopción y las TRA.

Durante su diario vivir, las personas ejercitan su voluntad procreacional, es decir, su deseo de ser padres y madres, así como de formar una familia sin mayores complicaciones, sin embargo, existe un sector importante de la población que no puede procrear por imposibilidades físicas o biológicas.

Esta situación, bajo ninguna circunstancia les priva de su derecho a formar una familia, ya que, como menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho le asiste, tanto a quienes no tienen problemas para procrear como a quienes lo tienen, no debiendo hacerse diferenciaciones entre unos y otros⁸⁷.

Tomando como base lo establecido por la Corte, la presente investigación propugna para que, en los casos de parejas que recurren a la gestación por sustitución, estas sean reconocidas por el ordenamiento jurídico como los padres y madres de las personas menores de edad, por cuanto no se les puede privar de su derecho a formar una familia ni discriminar en razón de su imposibilidad.

Debe aceptarse, necesariamente, que la presunción de maternidad puede admitir prueba en contrario – para lo cual deberá reformarse la legislación nacional e internacional - y, que cuando se está en presencia de TRA, la filiación debe establecerse con quién o quiénes tienen la intención de crear un vínculo con el niño o niña.

El principio de igualdad, en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación, son los ejes transversales de la presente investigación. Además, fundamentan la propuesta del Proyecto de ley que busca

⁸⁷ Ver caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*.

regular la técnica de gestación por sustitución, así como la filiación en dichos casos. El mencionado proyecto será abordado en el apartado final del capítulo.

- *Repaso a modo de síntesis sobre los principales estudios nacionales e internacionales relativos a la maternidad por sustitución*

Previo a abordar el eje principal de esta investigación (sea el proyecto de ley para la regulación de la gestación por sustitución), es menester realizar una breve síntesis crítica sobre los puntos más destacables que el estudio internacional y de derecho comparado mostró en relación con la regulación de la técnica.

Estados Unidos, a pesar de ser uno de los países pioneros en conocer casos sobre gestación por sustitución, aún presenta importantes vacíos. Esto se debe a que, por tratarse de un país federado, la manera en que se legisló sobre la técnica varía significativamente de Estado a Estado y, los vacíos en la legislación suelen ser llenados, usualmente, de acuerdo con el contenido de los contratos de gestación por sustitución, los cuales suelen ser significativamente desproporcionales para la mujer gestante.

En lo que respecta a países federados de América del Norte, hasta el momento, Tabasco es el Estado mexicano que proporciona “mayor” regulación del tema. Deja por fuera aspectos relevantes y que necesitan cuanto antes ser regulados, pero hasta la fecha ha dado respuesta a la situación jurídica, sin afectación a terceros. También, es destacable que, en el Estado de Sinaloa, la inscripción registral legal de la persona menor de edad es a favor de las personas comitentes sin mayor oposición.

Como pudo observarse en el capítulo anterior, en Chile, la gestación por sustitución no ha sido regulada ni tomada en cuenta por la persona legisladora y, lo relativo a la filiación ha sido llenado vía jurisprudencial. Si bien, la posición de los tribunales ha sido favorecedora de las partes comitentes, el simple hecho de que se produzcan las situaciones jurídicas expuestas, demuestra que la no regulación

genera inseguridad e incertidumbre jurídica para las partes, y más importante aún, para las personas menores de edad.

En el continente suramericano, Brasil lleva la delantera, por cuanto el Consejo Federal legisló de forma integral, entiéndase: que la definición de la técnica es fácilmente derivable y, se entiende de manera clara: los requisitos son completos y no dejan por fuera a ninguna de las partes; las prohibiciones atienden totalmente al interés superior del menor, pero también a la protección de la mujer gestante y, finalmente, las limitaciones responden a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Argentina presenta una de las situaciones más críticas en lo que respecta a la materia, es la muestra fehaciente de la necesidad de regulación de la técnica y como pudo observarse, los dos proyectos de ley que pretendían su regulación fueron rechazados, además, jurisprudencialmente no se ha dado respuesta a la situación jurídica como en el caso de su contraparte chilena. Esta situación abre la puerta para que se generen problemas para las partes, en especial, para los niños, quienes eventualmente verán su identidad y nacionalidad inmersas en limbos e incertidumbres.

Ahora bien, debido a que en España aún no se ha aprobado el proyecto, no puede hablarse de que haya una verdadera regulación, pero de aprobarse dicho proyecto, se uniría a Brasil como la segunda regulación más completa. Se define la gestación por sustitución de forma amplia, así como sus requisitos para proceder; los requisitos para ser sujetos intervinientes son exhaustivos, y las limitaciones para acceder a la técnica están expresamente plasmadas en el proyecto.

A su vez, el proyecto resuelve el punto medular de la controversia en España (y probablemente en todos los países que pretendan regular la técnica), sea el carácter comercial. Los diferentes tribunales españoles han sido contundentes al rechazar cualquier acto o contrato de gestación por sustitución e, incluso, la propia ley lo declara nulo de pleno derecho.

Hasta el momento, la solución que han dado ha sido la protección de la “familia de *facto*” o, de hecho, en la que, si bien no declaran legal el contrato previo, sí reconocen el interés superior de la persona menor de edad que ya se crio en una familia y, para efectos de la filiación remiten a la adopción.

Es por esta clase de orientación que el proyecto busca proponer a la gestación por sustitución como un derecho y, a su vez, prohíbe el carácter lucrativo de ella, a fin de que no contraríe la dignidad y los derechos humanos de las partes involucradas.

Finalmente, si bien la investigación no comparte en su totalidad la forma particular y específica en que cada país reguló algunos requisitos para recurrir a la técnica de gestación por sustitución, lo cierto del caso es que hasta el momento, Brasil – y quizá más adelante España - se configura (n), como la (s) regulación (es) más completa (s) y, en efecto, coadyuvaron a tener un panorama amplio de las diversas situaciones jurídicas y respuestas estatales y jurisdiccionales que se dieron, con el fin de salvaguardar la dignidad y los derechos de las partes intervinientes.

Esto permite que el proyecto de ley que se propone evite, en la medida de lo posible, las lagunas y vacíos, y dé – preliminarmente – una respuesta integral a la regulación de la gestación por sustitución, el contrato y la filiación derivada de ella.

B- Propuesta para incorporar al derecho de familia costarricense, la filiación directa de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución, a la luz de la voluntad procreacional y, el principio de igualdad en los casos en que se ha incurrido a técnicas de reproducción asistida y no discriminación

Preámbulo

La época actual cada vez desarrolla nuevos avances tecnológicos, cuyo fin principal es satisfacer las diversas necesidades de la humanidad. El área de la reproducción no fue la excepción, especialmente, ante la presencia de un sector de la población mundial que sufre imposibilidades para procrear.

Las tecnologías reproductivas, desde su implementación, llegan a romper con los paradigmas usualmente conocidos por la humanidad, permitiendo que un hecho tan impensable se vuelva una realidad. Tal ha sido el caso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Las TRA abrieron la posibilidad que personas que originalmente estaban imposibilitadas para tener hijos o hijas, se conviertan en padres o madres, e incluso que, aunque no se comparta el material genético, la filiación se mantenga. Las TRA tienen como base para el establecimiento de la filiación la voluntad procreacional.

Esta consiste en que se reconozca y otorgue la calidad de padres y madres a quienes tienen la intención de serlo, siendo esta voluntad la fuente principal para el establecimiento del vínculo filial y, la principal justificación para que no opere la presunción de maternidad -muy arraigada en las legislaciones latinoamericanas-.

En Costa Rica, las únicas TRA que se han reconocido legalmente son la fertilización *in vitro* y la inseminación artificial, sin embargo, en relación con otras técnicas, el pronunciamiento es escaso, por no decir nulo. Las TRA son un tema complejo, que causa importantes polémicas en los diversos países y, para infortunio, el país cuenta con antecedentes de no legislar sobre temas polémicos – recuérdese el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica y la opinión consultiva sobre el matrimonio igualitario –, lo cual ha decantado en condenas internacionales para el país, por violentar los derechos humanos para las partes involucradas.

Tomando en cuenta este antecedente y, que en el año 2018 se presentó un caso de imposibilidad de inscripción registral de un menor nacido a través de la gestación por sustitución, el presente proyecto de ley busca dar respuesta pronta a la situación jurídica que gira en torno a la gestación por sustitución.

Pretende que el vacío legal en la materia se llene, además, que Costa Rica se convierta en uno de los primeros países latinoamericanos en regular la técnica de la manera más completa posible, respetando con esto los derechos sexuales y reproductivos que asisten a las parejas que no pueden procrear, los derechos de la mujer gestante, así como los de la persona menor de edad por nacer, todo en concordancia con lo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debe entenderse que Costa Rica no está exento de la presencia de gestaciones por sustitución y ser pioneros en la materia, no solo reviste importancia trascendental para un país que se dice respetuoso de los Derechos Humanos, por cuanto se evitará, de antemano, transgresiones y afectaciones a las y los ciudadanos, causadas por vacíos legales, sino porque también se dará protección por parte del ordenamiento jurídico a las partes involucradas vulnerables; sea la mujer gestante y la persona menor de edad que nacerá.

La presente ley toma en consideración las diversas posturas doctrinales en torno a la gestación por sustitución y, en un intento de dar la solución más respetuosa de los derechos humanos, servirá para:

a.- Llenar un vacío legal existente y evitar con esto, la violación a los principios de igualdad en estos casos y no discriminación que le asisten a las partes comitentes de ser considerados padres y madres, permitiendo para esto la no aplicación de la presunción de maternidad *a priori* en dichos casos y, finalmente, que el país de nuevo sea condenado internacionalmente.

b.- Responder a criterios de proporcionalidad y razonabilidad en sus requisitos y garantizar derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Además, busca:

1.- Evitar el turismo reproductivo, al no permitir que personas extranjeras visiten el país con ese único fin: que el país no sea un receptor de empresas que

ven en la técnica una importante actividad lucrativa y, dar protección a la mujer gestante para que no sea víctima de abusos, trata, así como que tampoco se vea como una mera incubadora.

2.- También, busca que la dignidad de la mujer gestante sea un eje transversal y se le da especial protección frente a eventuales o posibles abusos, sea en su entorno privado o frente a las partes comitentes.

3.- Se protege la salud de la mujer gestante, no solo al tomarse en cuenta el aspecto etario, sino que, además, pone en primer lugar la vida de ella ante eventuales riesgos.

4.- La protección del interés superior del menor, por cuanto se busca que no solo se geste en un ambiente propicio y libre de violencia, sino también que sea criado de la misma forma. Esta protección es el principal motivo por el cual la Ley no permite, salvo autorización judicial, que se realice con el material genético de una pareja fallecida, ya que se busca que la persona menor de edad se críe con ambos padres o madres, es decir, – en la medida de lo posible, y sin que ello conlleve a la exclusión de familias uniparentales-, que tanto la filiación como la responsabilidad parental sea compartida y, que los derechos de los niños y niñas sean respetados.

5.-El proyecto de ley pone a disposición dos vías para la formación del acuerdo. La vía ante el Registro Civil evita que la condición socioeconómica sea un impedimento para las partes comitentes, ya que es sabido que el procedimiento de fertilización y transferencia embrionaria, así como la sede notarial representan importantes costos que no pueden ser asumidos por toda la sociedad en general.

c.- Al establecer la intervención judicial solo en casos de conflicto, se busca evitar mayor saturación del aparato judicial y, a su vez, que el trámite para la creación del acuerdo sea más expedito en las vías supra citadas.

d.- En los casos de conflicto, se abre la legitimación a cualquier persona que tenga un interés legítimo, lo que, a su vez, permite la intervención de instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia.

e.- Finalmente, con las reformas y adiciones se busca que la presente Ley no contraríe el ordenamiento jurídico y, permita que se adecue a esta nueva necesidad y, ante todo, se resguarde la dignidad y derechos humanos de las partes involucradas.

Por lo expuesto, se plantea dicho proyecto.

Proyecto de ley⁸⁸ para la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida, el acuerdo de gestación por sustitución y la filiación

Título I

Capítulo I: Disposiciones generales

Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene como objeto regular la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida; el acuerdo de gestación por sustitución y la consecuente filiación entre las partes comitentes y la persona menor de edad nacida a través de la técnica.

Artículo 2.- Interpretación y principios aplicables

En la interpretación y aplicación de la presente ley se deberá atender a los principios de voluntad procreacional, igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida, no discriminación, interés superior de la persona menor de edad y la vida privada y familiar. Deberán también observarse como eje transversal los derechos sexuales y reproductivos de las partes involucradas.

⁸⁸ Sobre el particular, debe resaltarse que, según lo indicado por los MS.c Marilú Rodríguez Araya y Rodrigo Obando Santamaría (2022), se está en presencia de un aporte o bosquejo que servirá de guía para un futuro proyecto, pero que, aún no puede catalogarse como un proyecto de ley.

Artículo 3.- Principios procesales

En lo que refiera a la aplicación de principios generales procesales, se estará, según lo dispuesto por la Ley N° 9747 Código Procesal de Familia.

Artículo 4.- Definiciones

Para los efectos de esta ley se entiende por:

4.1 Gestación por sustitución: técnica de reproducción asistida mediante la cual, las partes comitentes, subrogantes o intencionales deciden gestar, por medio de una mujer denominada gestante, a una persona menor de edad, que será criada como propia, todo en condiciones de libertad, dignidad e igualdad.

4.2 Material genético: óvulos y/o espermatozoides aportados por las partes comitentes o por donantes vivos, con el fin de que se produzca la unión de gametos, los cuales serán transferidos al cuerpo de la mujer gestante, con el fin de que se produzca la fecundación y gestación del embrión.

4.3 Gestación por sustitución homóloga: es aquella que se produce cuando el embrión transferido al cuerpo de la mujer gestante, se formó a partir del aporte genético de las partes comitentes en su totalidad.

4.4 Gestación por sustitución heteróloga: es aquella que se produce cuando el embrión transferido al cuerpo de la mujer gestante, se formó a partir del aporte genético de una sola de las partes comitentes, con el de una persona donante de material genético, o incluso, con el propio material genético de la mujer gestante.

4.5 Gestación por sustitución altruista: aquella en la cual la mujer gestante aporta su vientre para la gestación, sin que medie retribución económica de por medio, más que los gastos necesarios para llevar a buen término el embarazo.

4.6 Gestación por sustitución comercial: aquella en la cual la mujer gestante aporta su vientre para la gestación, mediando una retribución económica que sobrepasa los gastos necesarios para llevar a buen término el embarazo.

4.7 Igualdad en los casos en que se ha recurrido a técnicas de reproducción asistida: derecho de las personas comitentes en igualdad de condiciones y sin

distinciones, por razones de raza, sexo, orientación sexual, religión e imposibilidad para procrear, a ser considerados padres/ madres de las y los menores de edad, que han nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida, en el ejercicio de su vida privada y familiar, la voluntad procreacional y el derecho al acceso a la tecnología como medio para lograr formar una familia.

4.8 Vida privada y familiar: derecho de toda persona a autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones, orientación política o sexual, religión, raza y género, y que le permite definir sus propias relaciones personales, así como también decidir si funda o no una familia, utilizando para esto los servicios de salud y medios tecnológicos necesarios para ejercerla.

4.9 Voluntad procreacional: intención de una persona de convertirse en padre o madre de una persona menor de edad.

4.10 Autonomía de la voluntad en casos de maternidad por sustitución: decisión perteneciente a la vida privada y familiar en la cual existe la intención informada, libre y expresamente manifestada, de una persona o una pareja, sea homosexual o heterosexual, de querer ser padre/madre o padres, biológicos, genéticos o no, quienes encomiendan a una mujer -cuya aceptación debe ser igualmente informada, libre y expresamente manifestada- para llevar a cabo la gestación de una persona menor de edad, en razón de que, los primeros, sea por motivos físicos o biológicos, están imposibilitados para formar una procrear.

4.11 Partes intervinientes: son los sujetos intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución, a saber: las partes comitentes y la mujer gestante.

4.12 Mujer gestante: mujer que de manera libre e informada decide prestar su vientre y/o aportar material genético para que se lleve a cabo la gestación de un embrión que será criado por otros como hijo o hija.

4.13 Sujeto intencional o comitente: aquellas parejas heterosexuales u homosexuales, así como hombres o mujeres solteras que deciden ejercer su voluntad procreacional a través de la gestación por sustitución, con el fin de formar una familia con motivo de imposibilidades físicas o biológicas que les impidan procrear de manera natural.

- 4.14 **Responsabilidad parental:** conjunto de deberes que tienen los padres para con sus hijos, que incluye la guarda, crianza y educación, así como lo relativo al establecimiento de vínculos afectivos.

Capítulo II: Disposiciones específicas

Artículo 5.- Requisitos de la gestación por sustitución.

Únicamente podrá acudir a la gestación por sustitución en los siguientes casos:

5.1 Cuando las partes comitentes presenten imposibilidad física o biológica para procrear médicamente reconocida, o bien, cuando exista prescripción médica que contraindique un embarazo en la mujer comitente.

5.2 Las partes comitentes deberán demostrar que agotaron todas las otras técnicas de reproducción asistida autorizadas en Costa Rica para lograr procrear y no hubo compatibilidad con ellas.

5.3 Se demuestre que la gestación por sustitución será viable; así como también que la técnica no atentará ni pondrá en peligro grave la salud, la dignidad y la integridad de la mujer gestante y sus familiares.

5.4 La gestación por sustitución solo podrá ser homóloga y, en aquellos casos donde se requiera que sea heteróloga, deberá recurrirse al material genético de donantes

5.5 La mujer gestante, en un acuerdo de gestación por sustitución no podrá aportar su material genético para que se lleve a cabo la fecundación.

5.6 Salvo autorización judicial, no podrá una parte comitente recurrir a la gestación por sustitución, utilizando el material genético de su pareja fallecida.

Artículo 6.- Gestación por sustitución altruista

Es prohibida la gestación por sustitución que tenga carácter lucrativo para una de las partes y en el cual se otorguen compensaciones económicas más allá de las necesarias para llevar a buen término el embarazo; estas son las que la mujer gestante necesite para:

- a) Trasladarse al centro de salud.
- b) Cubrir las molestias físicas ocasionadas por el embarazo.
- c) Comprar los medicamentos que el embrión necesite durante la gestación.
- d) Cubrir las complicaciones laborales derivadas del embarazo.
- e) Permanecer en condiciones idóneas que le permitan evitar otros riesgos.

Artículo 7.- Partes intervinientes

Se considerará sujetos intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución a la mujer gestante y a las partes o sujetos comitentes.

Artículo 8.- Requisitos para ser mujer gestante

Para ser mujer gestante deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- 8.1 Ser costarricense por nacimiento, naturalización o residente con un período de permanencia en el país no menor a cinco años.
- 8.2 Ser mayor de dieciocho años y menor de cuarenta y cinco años.
- 8.3 Tener plena capacidad jurídica y de actuar, según lo dispuesto por la ley.
- 8.4 No tener antecedentes de consumo excesivo de sustancias psicotrópicas, alcohol y farmacodependientes.
- 8.5 Demostrar médicamente que cuenta con buen estado de salud mental y no haber presentado padecimientos mentales y/o desórdenes alimenticios graves. En caso de haber presentado alguno de estos padecimientos, deberá demostrar médicamente que los ha superado, y que en la actualidad se encuentra en condiciones idóneas para ser parte de la técnica.
- 8.6 Tener un ambiente familiar, social y económico adecuados, que le permita llevar a buen término el embarazo, sin que se vea afectada su integridad o pueda ser víctima de violencia.
- 8.7 No haber sido mujer gestante.
- 8.8 En caso de tener un vínculo matrimonial, deberá comparecer su cónyuge, a efectos de que manifieste no tener oposición a la técnica.

Artículo 9.- Prohibiciones para ser mujer gestante

No podrá ser mujer gestante:

9.1 Las mujeres que cuenten con historiales clínicos de sufrir padecimientos mentales, discapacidades cognitivas e intelectuales, así como enfermedades que atenten o pongan en alto riesgo su salud e integridad.

9.2 La mujer que haya sufrido violencia intrafamiliar durante el año anterior a la fecha de presentación de la solicitud de aprobación del acuerdo de gestación por sustitución, salvo que la autoridad judicial autorice lo contrario.⁸⁹

Artículo 10.- Deberes y obligaciones de la mujer gestante

Durante el período de gestación y hasta el momento del parto la mujer gestante se obliga a:

10.1 Asistir a todas las citas de control prenatal en el centro de salud respectivo, a efectos de garantizar su adecuado estado de salud y también evaluar el desarrollo del embrión.

10.2 Consumir únicamente los medicamentos que una persona profesional en medicina recomiende para mantener su salud y el adecuado desarrollo del embrión.

10.3 Mantener a las y los sujetos comitentes informados acerca de cualquier situación que pueda representar una complicación durante el embarazo, que atente contra su salud y la del embrión.

⁸⁹ Sobre este requisito en particular, el MS.c Obando Santamaría (2022), considera que se está en presencia de un artículo que revictimiza a la mujer que ha padecido violencia doméstica y, que, de acuerdo a su formación académica en la materia, podría catalogarse como inconstitucional y contrario a los derechos humanos.

Artículo 11.- Complicaciones durante el embarazo

Si durante el embarazo se presentan complicaciones médicas por causas externas y no atribuibles a la mujer gestante, que pongan en riesgo su vida y su salud, deberá interrumpirse el embarazo, para lo cual se estará, según lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo N° 42113 que oficializa la Norma Técnica para el Procedimiento Médico Vinculado con el artículo 121 del Código Penal

Artículo 12.- Requisitos para ser sujetos comitentes

Para ser sujetos comitentes deberán cumplirse los siguientes requisitos:

12.1 Ser costarricenses por nacimiento, naturalización o residentes con un período de permanencia en el país no menor a cinco años.

12.2 Ser mayor de edad.

12.3 Tener plena capacidad jurídica y de actuar, según lo dispuesto por la ley.

12.4 Demostrar haber agotado todas las otras técnicas de reproducción humana asistida autorizadas en Costa Rica y aun así ser incompatibles con ellas.

12.5 No tener antecedentes de consumo excesivo de sustancias psicotrópicas, alcohol y farmacodependientes.

12.6 Salvo pacto en contrario entre las partes, contar con las condiciones económicas necesarias que le permitan asumir los gastos del proceso de transferencia embrionaria y los demás gastos señalados en el artículo 7 de esta Ley.

12.7 En casos donde las partes comitentes sean pareja, deberá aportarse certificación matrimonial y, en su defecto, documento que acredite la unión de hecho.

Artículo 13.- Prohibiciones para ser sujetos comitentes

No podrán ser sujetos comitentes:

13.1 Personas y/o parejas extranjeras, cuya residencia en el país sea inferior a cinco años.

13.2 Personas solteras o parejas que cuenten con historial de violencia intrafamiliar, consumo excesivo de sustancias ilícitas, alcoholismo y farmacodependencia durante el año anterior a la fecha de presentación de la solicitud de aprobación del acuerdo de gestación por sustitución.

Artículo 14.- Deberes y obligaciones de los sujetos comitentes

Durante el período de gestación y hasta el momento del parto los sujetos comitentes estarán obligados a:

14.1 Salvo pacto contrario entre las partes, asumir los costos del proceso de transferencia embrionaria, así como todas las necesidades de la mujer gestante señaladas en el artículo 7 de esta ley.

14.2 Mantenerse informados sobre el estado de salud de la mujer gestante y el adecuado desarrollo del embrión, sin que esto implique que se ejerzan actos tendientes a coartar o atentar en contra de la libertad personal de la mujer gestante.

14.3 No ejercer presiones psicológicas ni agresiones de ninguna naturaleza en contra de la mujer gestante.

Título III

Capítulo I: Formación del acuerdo de gestación por sustitución

Artículo 15.- Acuerdo de gestación por sustitución

Se entenderá por acuerdo de gestación por sustitución el convenio no lucrativo entre las partes comitentes y la mujer gestante, cuyo fin principal es la gestación de una persona menor de edad, en razón de una imposibilidad física o biológica, que impida a los primeros procrear por los medios convencionales o las demás técnicas de reproducción asistida autorizadas en Costa Rica.

Artículo 16.- Contenido del acuerdo

Para su validez, el acuerdo de gestación por sustitución deberá constar por escrito y necesariamente deberá contener:

16.1 Nombre, identificación y calidades de las partes.

16.2 Domicilio de las partes.

16.3 El motivo expreso y detallado de las razones físicas o biológicas que impiden a las partes procrear por sus propios medios, así como también la incompatibilidad con otras técnicas de reproducción asistida autorizadas en Costa Rica.

16.4 El consentimiento expreso de las partes de llevar a cabo la gestación por sustitución de forma altruista, así como de no tener oposición a la realización de la técnica.

16.5 Las obligaciones de las partes conforme a lo establecido por esta Ley.

16.6 La determinación expresa de la filiación de la persona menor de edad nacida a través de la gestación por sustitución, la cual deberá consignarse en favor de las partes comitentes.

16.7 El lugar, fecha y hora en que se realiza el acuerdo.

16.8 Las firmas de las partes intervinientes.

A falta de alguno de estos requisitos, el acuerdo será nulo.

Artículo 17.- Vías para la formación del acuerdo de gestación por sustitución⁹⁰

El acuerdo de gestación por sustitución podrá ser otorgado por las partes ante el Registro Civil o en sede notarial.

Artículo 18.-Otorgamiento del acuerdo de gestación por sustitución ante el Registro Civil

Se delega al Registro Civil la competencia para la creación del formulario de solicitud del acuerdo de gestación por sustitución, el cual deberá regirse en su contenido por los requisitos establecidos en el artículo 16 de la presente ley.

⁹⁰ Importante destacar que, tanto la MS.C Araya Rodríguez como el MS.c Obando Santamaría (2022), manifestaron que, actualmente la vía notarial no es un medio que garantice en su totalidad la seguridad de las partes intervinientes, de ahí que, recomiendan la intervención de personas trabajadoras sociales. A su vez, concuerdan con que podría valorarse la implementación de un proceso judicial sumarísimo, con plazos establecidos, a efectos de que sea una autoridad judicial quien revise el procedimiento.

19.- Otorgamiento del acuerdo de gestación por sustitución en sede notarial

En la sede notarial, el acuerdo de gestación por sustitución deberá otorgarse en escritura pública y en su contenido deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley.

Título IV

Capítulo I: Fecundación

Artículo 20.- Transferencia embrionaria a la mujer gestante

En lo que refiera a los procedimientos médicos para la transferencia embrionaria en el cuerpo de la mujer gestante, se estará en lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo N° 39616-S Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación *In Vitro* y Transferencia Embrionaria (FIV).

Artículo 21.- Obligación de las clínicas de revisar los acuerdos de gestación por sustitución

Las clínicas encargadas de llevar a cabo procedimientos de Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria tendrán, en los casos de gestación por sustitución, la obligación de revisar que el acuerdo presentado por las partes cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 16 de la presente ley.

Capítulo II: Parto

Artículo 22.- Parto

Salvo los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución sea revocado por sentencia firme, no se establecerá vínculo filial entre la mujer gestante y los niños o niñas nacidos a través de la gestación por sustitución, sin distinción alguna de si el parto se llevó a cabo de manera natural o vía cesárea.

Capítulo III: Filiación

Artículo 23.- Filiación de persona menor de edad nacida mediante gestación por sustitución

Salvo los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución sea revocado por sentencia firme, nacida la persona menor de edad, la filiación quedará establecida a favor de las personas comitentes, las cuales adquirirán todos los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental y deberán hacerse cargo del niño o niña de manera inmediata con posterioridad al parto.

Artículo 24.- Inscripción de la filiación en el Registro Civil

Las partes comitentes serán las encargadas de realizar la inscripción de la persona menor de edad en el Registro Civil, para lo cual la Institución deberá contar con un registro de acuerdos de gestación por sustitución.

Para la inscripción de la filiación en aquellas situaciones donde las partes comitentes sean parejas del mismo sexo, se estará en lo dispuesto por la presente ley.

Artículo 25.- Inscripción de la filiación en el Registro Civil cuando se trate de parejas del mismo sexo

Cuando se trate de parejas del mismo sexo, la filiación se establecerá de la siguiente forma:

25.1 Parejas conformadas por mujeres: la persona menor de edad se inscribirá con los primeros apellidos de ambas mujeres, en lo que se denomina comaternidad.

25.2 Parejas conformadas por hombres: la persona menor de edad se inscribirá con los primeros apellidos de ambos hombres, en lo que se denominará compaternidad.

Para todo lo demás, se estará en lo dispuesto por el artículo precedente.

Artículo 26.- Derecho a conocer su origen

Toda persona nacida mediante la técnica de gestación por sustitución tendrá derecho a conocer su origen, sea este, la forma en que nació, de quién fue el aporte de material genético y por cuál vía se realizó el acuerdo.

Artículo 27.- Impugnación de la filiación

Salvo los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución sea revocado por sentencia firme, no podrá impugnarse la filiación derivada del acuerdo de gestación por sustitución.

Título V

Capítulo I: Conflictos sobre la validez y eficacia del acuerdo de gestación por sustitución

Artículo 28.- Conflictos sobre la validez del acuerdo de gestación por sustitución

El acuerdo de gestación por sustitución podrá impugnarse por cualquier persona que tenga un interés legítimo, siempre y cuando demuestre que hubo un incumplimiento de los requisitos establecidos por la presente ley para ser mujer gestante, parte comitente o en el contenido del acuerdo.

Artículo 29.- Incumplimiento en la ejecución del acuerdo de gestación por sustitución

En los casos de incumplimiento en la ejecución del acuerdo de gestación por sustitución por alguna de las partes intervinientes, tendrá la parte afectada derecho a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, pero no se podrá en ninguno de los casos, exigir a la mujer gestante la ejecución forzosa del acuerdo.

En caso de fallecimiento del embrión durante la gestación, la mujer gestante no será responsable por los daños ni perjuicios que el evento pueda ocasionar, siempre y cuando se demuestre que el fenecimiento se dio por causas ajenas a su voluntad, o por factores externos o internos sobrevinientes durante el embarazo.

Artículo 30.- Vía judicial

Los conflictos que versen sobre la validez del acuerdo de gestación por sustitución y/o el incumplimiento en su ejecución, deberán discutirse por medio del proceso resolutorio familiar para lo que se estará, según lo dispuesto por la Ley N° 9747 Código Procesal de Familia.

Título VI

Capítulo I: Sucesiones

Artículo 31.- Sucesiones

En caso de fallecimiento de alguna o algunas de las partes involucradas en el acuerdo de gestación por sustitución, la persona menor de edad nacida mediante gestación por sustitución se considerará, de acuerdo con lo establecido por la ley, como sucesora únicamente de las partes comitentes.

Capítulo VII

Reformas

Se reforma las siguientes disposiciones legales:

I.- Del Decreto Ejecutivo N° 39616 Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV), de 11 de marzo de 2016, lo siguiente:

1) El artículo 6.3.1 para que se lea: Serán destinatarias de la FIV-TE, la pareja conformada por dos personas mayores de edad, cuando alguno de ambos presente infertilidad y ninguno haya sido declarado incapaz en la vía judicial. También, la mujer sin pareja, mayor de edad y con infertilidad, que no haya sido declarada incapaz en la vía judicial, siempre y cuando, no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o su posible descendencia. Asimismo, la mujer gestante, que no haya sido declarada incapaz en vía judicial, siempre y cuando aporte el acuerdo de gestación por sustitución aprobado por la autoridad competente.

Adiciones a otras leyes

I.- Se adiciona al artículo 69 de la Ley N° 5476 Código de Familia un último párrafo, el cual se leerá:

Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Se presumen igualmente hijos del matrimonio, los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal.

También, se presumirán como hijos habidos dentro del matrimonio las personas nacidas mediante la técnica de gestación por sustitución, cuando ambos cónyuges fueron partícipes de la solicitud.

Conclusiones

El campo de la gestación por sustitución en la actualidad está teniendo un auge importante ante el aumento de personas que recurren a ella. A pesar de que, mayoritariamente ha sido de conocimiento público los casos de personas famosas que la utilizan para tener hijos, lo cierto del caso es que, poco a poco, se está volviendo una alternativa para muchas parejas o personas solteras. Este incremento de casos se ha evidenciado en las diferentes resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales en países extranjeros, siendo el tema de la filiación uno de los puntos mayoritariamente discutidos.

Como se indicó, nuestro país no es la excepción, ya que se reitera que, para el año 2018, se presentó casos en los cuales la solución preliminar y paliativa para el establecimiento de la filiación fue la adopción. Sin embargo, luego de un estudio profundo sobre el tema, se logra concluir que, actualmente Costa Rica no está preparado para resolver sobre un caso de gestación por sustitución, ya que existe poca, casi nula, doctrina nacional al respecto y, a nivel jurisdiccional, las resoluciones que han tocado el tema (N° 14503-2018 SC y 7-2014 TFSJ), lo han hecho levemente, de manera que ni siquiera podrían ser tomadas en cuenta como puntos de referencia.

Como consecuencia de lo anterior, la investigación brinda un aporte prácticamente completo de doctrina sobre el tema, realizando un análisis exhaustivo de las principales posturas e implicaciones al recurrir a ella; brinda un acervo conceptual vasto que define la gestación por sustitución, y engloba todo lo relativo a ella, llenando con esto los vacíos que presenta actualmente, no solo en la legislación costarricense, sino también en otros países de América y Europa.

Por su parte, tomando en consideración que el problema que se planteó es la evidente discriminación y posibles riesgos ante la falta de regulación, con el planteamiento del proyecto de ley, efectivamente se le dio solución a él, al abarcar puntos trascendentales como los siguientes:

- Un acervo conceptual propio del tema, ya que se trata de situaciones tan particulares y casuísticas que no pueden ser fácilmente rellenas con analogías.
- A diferencia del artículo 72 del C.F, parte de la necesidad de evitar que la discriminación que sufren los sujetos comitentes continúe o se perpetúe en el tiempo. Por el contrario, parte del principio de igualdad en los casos de gestación por sustitución y no discriminación y, a su vez, reconoce de manera efectiva que la base para esta nueva forma de filiación es la voluntad procreacional.
- Además, aporta un elemento novedoso; busca dejar de lado el principio “madre siempre es cierta”, al permitir que, en casos donde se ha incurrido a la gestación por sustitución, la mujer gestante pueda ser desplazada de la maternidad legal, emplazándose así, a la persona comitente excluida. Esto permitirá que las personas menores de edad puedan ser inscritas con los apellidos de las partes comitentes.
- A su vez, tiene como eje transversal el respeto por los derechos humanos, los derechos sexuales y reproductivos, así como el interés superior de la persona menor de edad, lo cual se ve reflejado en las distintas medidas que se tomó en la redacción del proyecto, y que funcionan como filtros para evitar situaciones de incertidumbre jurídica, violación de derechos, tráfico de personas y turismo reproductivo.

Lo expuesto refleja que todos y cada uno de los objetivos planteados por la investigación han sido cumplidos; especialmente, lo relativo a brindar un primer acervo conceptual. Sin embargo, a pesar del estudio detallado que se realizó, se entiende que, con el paso del tiempo y la presencia de nuevas situaciones particulares, surgirán eventuales dudas que requerirán respuestas actualizadas. El mayor ejemplo de esto se ve reflejado en el resultado que se muestra al investigar acerca del artículo 8 del C.F., que reformó el C.P.F.

A pesar de que las interrogantes planteadas en esta investigación en torno al artículo no fueron resueltas ante la escasez de información, la experiencia al realizarla permite afirmar, preliminarmente, que: a) de acuerdo con la intención de la persona legisladora, no reconoce la gestación por sustitución, por cuanto en Costa Rica la más reconocida es la fertilización *in vitro* y no hay ni doctrina, ni legislación ni jurisprudencia previa al respecto.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la M.Sc. Chinchilla Calderón, se espera que al artículo en mención se le haga una interpretación extensiva, que incluya la gestación por sustitución y, a su vez, se convierta en normativa sustantiva aplicable al proyecto de ley, ampliando con esto la protección de los derechos humanos para las partes involucradas; b) Reconoce la voluntad procreacional únicamente en casos donde se recurra a la FIV; c) la persona juzgadora sí tendría eventual margen de discrecionalidad, pero se cree que fue pensado mayoritariamente en casos de FIV.

Finalmente, se considera indispensable y urgente que el tema se continúe estudiando e investigando, e incluso, que se lleve al órgano legislativo, a fin de colocar a Costa Rica – en compañía de Brasil –, como uno de los países a la vanguardia en la regulación completa y protectora de derechos humanos en la materia de gestación por sustitución. Se reitera la importancia de no esperar una condena internacional para empezar a legislar en la materia.

Referencias bibliográficas

- Albornoz, María M. 2020. "La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado". *Revista Jurídica de la UNAM*, No. 895 (2020), consultado 28 de agosto, 2021 <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6030-la-gestacion-por-sustitucion-en-el-derecho-internacional-privado-y-comparado>
- Álvarez Kepfer, Alejandra y Michelle Hernández Sanóu. 2015. *Vientres de alquiler Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Anchapaxi Chango, Paola Vanessa. 2017. *Análisis Jurídico Social de la Reproducción Humana Médica Asistida por el procedimiento de Fecundación In-vitro y los vacíos legales en los contratos de vientre de alquiler*. Tesis para optar por el título de Abogada, Universidad Central de Ecuador.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948. "*Declaración Universal sobre Derechos Humanos: 10 de diciembre de 1948*". Naciones Unidas (consultado 30 de enero, 2021). https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Asamblea Legislativa. 1970. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: 23 de febrero de 1970*. SINALEVI (consultado 30 de enero, 2021). http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC

Ávila Hernández, Carlos Javier. 2017. "La maternidad subrogada en el Derecho comparado". *Revista Cuadernos de Derecho Actual*, No. 6 (2017): 313-344, consultado 24 de enero, 2021, <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/101/124>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.s.f. *Ley 19585*. Última actualización s.f. Consultado 28 de setiembre 2020 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=126366>

Blanco Villalta, Gerardo Antonio. 2021. "Suspensión de los atributos de la responsabilidad parental por el abandono afectivo injustificado". *Revista del Poder Judicial*, No.16, s.f. 49-58, consultado 23 de enero, 2021, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N16/contenido/pdfs/05_suspension_atributos.pdf

Bossert, Gustavo y Eduardo Zannoni. 2005. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.

Busquets, Josep y Merce Armelles. 2017. "Sobre la gestación por sustitución". *Revista Tribuna abierta del Instituto Borja de Bioética*, No. 82, (2017): 9-16, consultado 27 de Agosto, 2021 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6260207.pdf>

California Legislative Information.2021. "*Family Code, Chapter 4* Determination of Parent and Child Relationship", art. 7630 inciso f, consultado 30 de diciembre, 2021, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=3.&chapter=4.&article=1

Castillo, María E. 2017. “*La Necesidad de Normativizar Aspectos Centrales de la Gestación por Sustitución Transfronteriza en el Ámbito Interamericano*”.
https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf

Centro de Bioética Persona y Familia de la Biblioteca Víctor Manuel Sanabrá Martínez. 2015. “*Análisis de un proyecto de ley de maternidad subrogada*.” Blog, 2015. Consultado 31 de Agosto 2020
<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Publicaciones%20recomendadas/18824.%20%20Centro%20de%20Bio%20%C3%A9tica.%20%20An%C3%A1lisis>

Código Civil para el Estado de Tabasco. S.f.
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://docs.mexico.justia.com/estatales/tabasco/codigo-civil-para-el-estado-de-tabasco.pdf>

Código Civil y Comercial de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Infojus*, 2014.
http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Código Familiar del Estado de Sinaloa. S.f. https://leyes-mx.com/codigo_familiar_sinaloa/285.htm

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013
<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 2.294/2021
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*: sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Diccionario Usual del Poder Judicial. S.f. *Filiación*, consultado 3 de enero, 2022, <https://diccionariusual.poderjudicial.go.cr/index.php/diccionario/39048:filiaci%C3%B3n>

Galindo Garfias, Ignacio.1981. *La filiación y la Paternidad*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, 1981. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9840>

Germán Zurriaraín, Roberto. 2019. “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación?»” *Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, No. 4, (2019): 1231-1253, consultado 31 de agosto 2020 <http://publicaciones.anahuac.mx/bioetica/article/view/121/65>

González Beilfuss, Cristina. 2020. “Capítulo décimo. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”. *Revista Jurídica de la UNAM* (2020): 217-236, consultado 28 de agosto, 2021 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/14a.pdf>

González Parada, Ameyalli. 2020. “Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México”. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, No. 7 (2020): 167-187, consultado 26 de enero, 2021, <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/3741/3101>

Grupo Parlamentario Ciudadanos. 2019. “Proposición de Ley Reguladora del Derecho a la Gestación por Sustitución”. *Boletín Judicial de las Cortes Generales*. No. 46-1, 16 de julio, 2019 https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. 2012. “El principio de la autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Uma*. No. 6, (2012): 27-46, consultado 2 de noviembre 2020. <https://revistas.uma.es/index.php/rejienuevaepoca/article/view/7773/7283>

- Igareda, Noelia. 2018. "La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana". *Revista de bioética y derecho*, No. 44, (2018): 57-72, consultado 26 de enero, 2021, <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00057.pdf>
- Illinois General Assembly. *Illinois Compiled Statutes*. 2021. consultado 30 de diciembre, 2021, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>
- Lamm, Eleonora. 2012. "Gestación por Sustitución". *Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, (2012a): 1-49, consultado 27 de Agosto, 2021 <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/260860/348063>
- Lamm, Eleonora. 2012. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de bioética y derecho*, No. 24, (2012b): 76-91, consultado 29 de enero, 2021, http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n24/08_master.pdf
- Lorenzetti, Ricardo Luis, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. 2012. Consultado 7 de enero, 2022, <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>
- Maturana Cabezas, Pilar. 2020. "Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile". *Revista de Estudios Judiciales*, No.6, (2020): 173-196, consultado 30 de enero, 2021, https://www.iej.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista_6_iej.pdf#page=175
- Montero, Laura Gisela. 2015. "Proyecto de Ley". (2015), <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/366126/downloadPdf>

- Moreno Pueyo, Manuel José. “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. 2015. *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. No. 116, (2015): 21-56, consultado 31 de agosto 2020 <https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141516>
- Notrica, Federico Pablo, Francisco Cotado y Patricio Jesús Curti. 2017. “La figura de la gestación por sustitución”. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 39, (2017): 153-172, consultado 27 de agosto 2021 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6629087.pdf>
- Nuño Gómez, Laura. 2016. “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”. *Revista de Filosofía moral y política*, No. 55, (2016): 683-700, consultado 28 de setiembre 2020 <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/961/959>
- Organización Mundial de la Salud. 2009. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)* y la *Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Organización Mundial de la Salud. Última actualización, noviembre 2009, consultado 15 de octubre 2020 https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Rodríguez Zamora, José Miguel. 1994. “La filiación y el derecho comparado”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No.77, (1994): 63-81 consultado 7 de enero, 2022, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/14334/13606/>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.2018. *Recurso de amparo*: resolución No. 14503 – 2018; 31 de agosto, 2018, 12:50 horas” Expediente 18-001376-0007-co.

- Tobón Berrío, Luz Estela. 2015. "Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 122, (2015): 153-173, consultado 23 de enero, 2021, <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n122/v45n122a07.pdf>
- Tribunal de Familia de Chile. 2018. *Resolución 8 de enero de 2018*. <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/45-repo-matriz/materias/familia/235-08-01-2018-maternidad-sobrogada-y-tecnicas-de-reproduccion-asistida-familia>
- Tribunal de Familia de San José. 2014. *Proceso abreviado de impugnación de paternidad*: resolución No. 7-2014; 8 de enero, 2014, 14:47 horas. Expediente 12-400954-1146-FA.
- Tribunal Supremo Sala Civil Gabinete Técnico. *Sentencia de Pleno 277/2022*, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/202. <https://es.scribd.com/document/568160510/Sentencia-Suprem-Gestacio-Subrogada>
- Valero Heredia, Ana. 2019. "La maternidad subrogada un asunto de derechos fundamentales". *Revista Teoría y realidad constitucional*, No. 43, (2019): 421-440, consultado 29 de enero, 2021, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6933158.pdf>
- Varsi Rospigliosi, Enrique. 2017. "Determinación de la filiación en la reproducción asistida". *Revista IUS*, No. 39, (2017), consultado 15 de octubre 2020 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext
- Varsi Rospigliosi, Enrique. 2013. *Tratado de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

Villareal Córdoba, Br. Y Daniel Zuar Joas. 2017. *La determinación de la filiación biológica, en la maternidad subrogada, en su variante heteróloga*. Tesis para optar por el título de Abogado, Universidad Nacional de Piura.

Cronograma

Cronograma de Trabajo	
Parte de la investigación por trabajar y desarrollar	Tiempo aproximado de duración
Lectura de bibliografía para ampliar/ cambiar/ modificar la bibliografía provisional.	2 meses
Redacción del primer capítulo	2 meses y medio
Período de correcciones primer capítulo.	1 mes
Redacción del segundo capítulo	2 meses y medio
Período de correcciones del segundo capítulo	1 mes
Redacción del tercer capítulo.	2 meses y medio
Período de correcciones del tercer capítulo	1 mes
Conclusiones del trabajo de investigación	1 semana
Tiempo estimado de duración: 14 meses (un año y dos meses)	

**Anexo: Entrevista estructurada
Universidad de Costa Rica**

Sede de Guanacaste

Carrera de Derecho

Trabajo Final de Graduación

Entrevista para el proyecto titulado:

“La situación jurídica de los sujetos comitentes en los casos de maternidad por sustitución: el principio de igualdad en los casos en que se recurre a técnicas de reproducción humana asistida y la discriminación excluyente de su responsabilidad parental en el artículo 72 del Código de Familia costarricense”.

Entrevistada: M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón

Entrevistadora: Gloriana Ruiz Murillo

I Parte

1.- Contextualización a la M.Sc. Chinchilla Calderón acerca del tema investigado, así como también, lo que se pretende lograr con el Proyecto.

a.- Explicar el problema.

b.- Explicar cuál es la solución hipotética que se plantea (Proyecto de Ley).

c.- ¿Qué otros aspectos son abordados en la investigación?

II Parte: sección de preguntas

1.- **¿Qué piensa sobre el tema de la gestación por sustitución? A partir de la explicación brindada sobre el enfoque de la investigación, ¿considera que potencialmente se viola el principio de igualdad para los sujetos comitentes y existe discriminación para estas personas?**

2.- Especialmente en España, se afirma que la gestación por sustitución en su modalidad comercial atenta contra la dignidad y los derechos humanos, pero en los casos donde sea altruista, y solo se cubra los gastos médicos, **¿también se le debería considerar de la misma manera que su contraparte comercial?**

3.- **¿Hasta qué punto puede afirmarse que la práctica transgrede derechos de la mujer gestante?** Se hace referencia principalmente a los argumentos a favor de la legalización de la técnica, ya que, en muchos casos donde se afirma hay vulneración a estos derechos, se debe a la falta de regulación de ella.

4.- Gran parte de los autores expresan que el deseo de tener hijos es eso, un deseo, mas no un derecho, y que, por ende, no se puede tomar a la gestación por sustitución como un medio para ejercitar algo que no es un derecho. **¿Qué opina acerca de esta visión, y que, según ella, la gestación por sustitución no puede tomarse como una vía para ejercitar algo que no catalogan como derecho, sino más bien como un deseo?**

5.- **¿Sabe usted de casos de niños nacidos mediante la gestación por sustitución en el país?** (dependiendo de la respuesta, explicar los casos del 2018 y que se resolvieron por medio de adopción).

6.- **¿Considera que, en estos casos, la adopción es una solución que baste por sí misma o, en su defecto, es necesaria una respuesta específica por parte del ordenamiento jurídico (Entiéndase: una ley que regula la situación de la filiación, en casos de gestación por sustitución?**

7.- **Se realiza una contextualización del artículo 8 del CF reformado por el CPF y:**

7.a **¿Considera que dicho artículo podría eventualmente incluir la gestación por sustitución al referirse a “Técnicas de reproducción asistida” en general? Y, en caso de no incluirlo, ¿considera que podría realizarse una interpretación extensiva?**

8.- De la investigación realizada se obtuvo como uno de los resultados más importantes que el país no cuenta con doctrina relacionada con el tema de la gestación por sustitución.

8.a Tomando en consideración lo anterior, de presentarse más casos de persona comitentes que pretendan establecer la filiación con las PME nacidas por medio de esta técnica, **¿cree que el recurrir al derecho comparado sería suficiente para la solución del conflicto y, a su vez, proteger el interés superior de la PME? O, en su defecto, ¿es necesario una ley costarricense que regule la gestación por sustitución?**

8.b **En caso de necesitarse una ley, ¿cómo considera que sería recibida y discutida, principalmente en el ámbito legislativo, un proyecto de ley que pretenda regular la gestación por sustitución en su modalidad altruista? ¿Se le podría catalogar de inconstitucional y/o violatoria de derechos humanos?**

8.c **¿Cómo considera que repercutiría la falta de información del tema, principalmente a nivel nacional, en la solución de los conflictos relacionados con el establecimiento de la filiación, en los casos de gestación por sustitución?**