

TERCERA CONFERENCIA DE
TRABAJO SOCIAL FORENSE

NUEVAS CONTROVERSIAS EN DERECHO DE FAMILIA
QUE SURGEN POR LA TECNOLOGIA

YVONNE FELICIANO ACEVEDO
JUEZ, TRIBUNAL DE CIRCUITO
DE APELACIONES

Madres subrogadas, nanas de vientre, *In Vitro*, cesión de embriones, embriones congelados, análisis de la clonación y sus consecuencias en el campo jurídico, especialmente en el ámbito de la persona y de la familia.

Hacer una ponencia sobre estos temas asignados no fue tarea fácil; preguntándome cómo éstos se relacionan con el Derecho de Familia, ante la escasez de bibliografía sobre los asuntos investigados y su nexa con el derecho de familia, comencé mi búsqueda investigativa.

Los avances en la tecnología provocan nuevas situaciones que han de ser regidas por normas jurídicas. De este avance tecnológico no se ha escapado el Derecho de Familia.

Las ansias de procrear es un deseo tan antiguo como los seres humanos.

Hijos pedidos por la esposa a otra mujer para que los tenga de su marido, hijos concebidos por la relación carnal y no por inseminación artificial.

Nos remontamos al Antiguo Testamento, Sara no podía darle hijos a Abraham, cediéndole a su esclava Agar para que los concibiera y Sara pudiera criarlos como hijos propios, naciendo Ismael. Ocurrió lo mismo con Lía y Raquel, esposas de Jacob, el hijo de Isaac. Estas le dieron hijos propios a Jacob, pero al no poder concebir en edad adulta, le cedieron a sus esclavas Zelfa y Bilá para que

tuvieran hijos de Jacob. Como vemos, el tema es tan antiguo y complicado como el Antiguo Testamento.

El nacimiento de niños productos de esa nueva tecnología reproductiva no puede alterar el derecho de los hijos, distinguir entre hijos nacidos por la vía natural e hijos nacidos por la tecnología, esto sería discriminatorio.

Se ha eliminado la sanción que permitía el discrimen entre los hijos por razón de nacimiento; todos deben recibir trato igual en el campo jurídico. En Puerto Rico los derechos de los niños están garantizados por las leyes civiles, la Carta de Derechos de Niños de 1998 y la protección garantizada por la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y de Estados Unidos, las cuáles impiden el discrimen por razón de nacimiento.

Nuevas preocupaciones surgen ante el nacimiento de un hijo bajo la inseminación asistida, así como del derecho a la protección de la posibilidad de una vida congelada, la dignidad del concebido mientras permanece en estado embrionario, y si nace, el derecho que tiene a conocer su verdadera identidad y su deseo de pertenecer a su verdadera familia; complicadísima la situación.

Reproducción, fecundación hombre, mujer, un padre o una madre, el resultado, un hijo. Bienestar del menor, paternidad responsable, filiación, adopción, temas ligados todos a la ingeniería genética.

Al aparearse la mujer con el varón se logra la relación biológica ordinaria y se crea la paternidad natural, esto no conlleva problema alguno. Tampoco existe problema en la inseminación asistida, como en la inseminación *In Vitro*, cuando se lleva a cabo para lograr el implante inmediato de los embriones en el vientre materno. Al nacer los niños, éstos quedan al cuidado de sus padres biológicos. El mejor ejemplo lo tenemos en Puerto Rico con Adlin Marie Román Torres, el primer bebé de probeta traído al mundo por el prestigioso Dr. Pedro Beauchamp Feliciano¹, el cual nos acompaña en esta tarde y que discutirá este tema con nosotros.

Si por alguna causa el marido no puede proveer espermatozoides para fecundar a la mujer y esta es inseminada con semen ajeno de un donante, ¿qué problemas legales podrían presentarse? Presumimos que al éste prestar su consentimiento está reconociendo voluntariamente a este hijo como propio y renunciando a la impugnación de su paternidad, siendo padre legítimo este hijo. Debe existir un documento legal que las partes firmen para evitar una litigación futura y despojar a este niño de sus derechos en caso de un divorcio, donde tendría que entrar un juez de familia a dilucidar dicha controversia. No ha surgido caso alguno en las cortes de Puerto Rico.

¹ Marga Parés Arroyo, De Bebé Probeta a Joven Mujer. El Nuevo día, Sábado 31 de mayo de 2003, págs. 4 y 5.

Si es la mujer la que no puede producir óvulos, en estos casos ella puede concebir haciendo uso del espermatozoide de su marido y un óvulo cedido por otra mujer. Al momento de nacer el hijo se establece el derecho filiatorio tanto materno como paterno, ya que la mujer gesta a la criatura.²

Ante tantas diversas formas de concebir un hijo, en esta tarde la más ligada al derecho de familia y de la cual ha llegado a dilucidarse por la vía judicial en los cortes de Familia en la nación americana es la Maternidad Subrogada.

¿Qué es Maternidad Subrogada? Es aquel acuerdo en el cual una mujer carga a un niño en su vientre hasta el momento del parto, con la intención de que otra mujer sea la madre social de éste. Son mujeres que prestan su vientre y comprometen sus óvulos para concebir un hijo por encargo con semen de un donante conocido. Estas madres genéticamente hablando son madres verdaderas ya que ellas conciben su propio hijo con su óvulo y lo cargan en su vientre, es un hijo que está prometido y encargado. Al momento de su nacimiento esta madre, de honrar su compromiso o contrato, lo tiene que entregar luego del parto al padre biológico y a su esposa o compañera.

Esta figura de madre subrogada la asemejan a la adopción, en la cual una madre que renuncia a su hijo, una vez ha nacido, se lo entrega a otros para que lo

² Ivette Coll de Pestaña, Análisis Crítico Sobre los Efectos del Desafío Genético en el Bienestar de Las Viñas, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 63, Núm. 3, Julio - Septiembre 2002, págs. 1, 4 y 20.

tengan como suyo, la madre que recibe el niño tiene todos los derechos y obligaciones que le impone la ley al momento de romperse el vínculo entre la madre biológica y su hijo. La adopción en nuestra sociedad es favorecida y se promueve, ya que es una institución que va encaminada a proteger al menor.

La diferencia entre ambas figuras es que en la adopción se concibió un niño y como no se desea o no se le puede tener, se cede o se regala. La madre subrogada tiene al niño y expresamente lo cede o regala por medio de un contrato. Esto no deja de tener efectos jurídicos y problemas legales. Como consecuencia de ello en el 1987 surge el conocido caso de "Baby M", pero antes de comenzar a hablar del caso, les distribuiré un material que considero sumamente interesante y lo deben tener, el contrato existente en un centro de la nación americana para comprar los servicios de una madre subrogada, así como Centro de Donación de Huevos y los programas de subrogación y donación de huevos en los diferentes estados.

Señaló que en la fase masculina los estudios realizados apuntan que la mayoría de donantes de esperma son estudiantes de medicina. Toda esta información fue recopilada a través de la Internet.

"Baby M", el padre natural y su esposa presentaron una demanda en contra de la madre subrogada para que la corte le impidiera y restringiera intervenir en la

custodia del menor y terminar los derechos de ésta sobre el bebé para que la esposa pudiera adoptar a "Baby M". La Corte Superior de Familia determinó que el Contrato de Subrogación era válido, ordenó que los derechos de la madre sobre "Baby M" terminaran, otorgó completo derecho de custodia al padre natural y autorizó la adopción del menor a la esposa del padre natural. La madre apeló, el Tribunal Supremo acogió el recurso, determinó que el Contrato de Subrogación conflagra con la Ley, prohibiendo el uso de dinero en casos de adopción que requieran prueba directa de que la madre estaba incapacitada o había abandonado al menor, antes de privarla de sus derechos como madre para que la adopción fuera concedida; los derechos de procreación no le dan al padre natural y a su esposa la inmediata custodia; los mejores intereses del menor deben ser auscultados al otorgar custodia al padre natural y su esposa; la madre tenía derechos de visitación.

El Supremo confirmó en parte y revocó en parte. Resolvió el caso para que se celebrara Vista y se establecieran derechos de visitación.

Vemos como se entrelaza la tecnología con el Derecho. En este caso en particular, el cual sentó precedente en la nación americana, fue la Sala de Relaciones de Familia, a través del Juez, el que resolvió la controversia tomando la determinación de que la madre de "Baby M" tuviera derechos de visitación sobre

éste, aún cuando permitió la adopción del menor por la esposa del padre natural.

El lazo maternal con el menor no fue cortado..

Luego de este caso surgen otros casos como Arredondo vs. Departamento de Salud de la Ciudad de Nueva York, en el cual los padres genéticos de gemelos solicitaron se les declarara padre y madre ya que éstos habían nacido por subrogación. La Corte de Familia declaró a favor de la petición a favor del padre, pero encontró insuficiencia de jurisdicción de la madre. La Corte Suprema del Condado de Queens en Nueva York, determinó que la madre genética, a la cual le removieron el óvulo para fertilizarlo con la esperma de su esposo, era la madre de los gemelos nacidos por subrogación. Ordenó que el Certificado de Nacimiento de éstos se corrigiera, se eliminara el nombre de la madre subrogada y se pusiera en éste el nombre de la madre genética. Este procedimiento de gestación fue de forma In Vitro, en el cual el óvulo de Luz Arredondo, luego de fertilizado por el esperma de su esposo Andrés Arredondo, fue implantado en el útero de Judith Nodelman.

En abril 4 de 2000 surge un caso Ex Parte en la Corte Superior de Nueva Jersey, Division Chancery del Condado de Bergen, los nombres fueron sustituidos por iniciales dado a lo sensitivo de la naturaleza del asunto.

A.H.W. y P:W. peticionarios, demandaron a G.H.B. y John J. Farmer, Procurador General del Estado de Nueva Jersey. Los padres biológicos del menor

por nacer de madre subrogada instaron acción para que se declarara la maternidad y paternidad del no nacido para obtener una orden pre-nacimiento que les permitiera poner sus nombres en el Certificado de Nacimiento. La Corte Suprema determinó que los padres biológicos de un no-nacido cargado en el vientre de una subrogada, no eran acreedores de poner sus nombres en el Certificado de Nacimiento inmediatamente después que el niño naciera. Algo muy interesante en estas cosas es que no se usa el nombre de madre subrogada, la corte siempre se refiere a subrogada, la sujeto es subrogada y no madre subrogada.

En el presente caso a diferencia de "Baby M", la madre subrogada compareció en la petición junto a los padres biológicos o genéticos, a solicitar los derechos de estos.

Posterior a estos hechos nos encontramos con otra situación más compleja como en los casos de A.Z. v .B.Z. en la Corte Superior de Massachusetts de diciembre del 2002.

En un pleito de divorcio el Juez Anthony R. Neso emitió dictamen a favor del esposo prohibiendo a la esposa la utilización de embriones congelados retenidos en "cryo preservación", en un clima de fertilización In Vitro; la esposa apeló. La Corte Suprema sostuvo que la forma firmada de consentimiento por las partes por un lado y la clínica por otra, donde a la separación de los cónyuges los pre-embriones, se le

darían a la esposa para que se le implantaran, era insostenible siendo esto un acuerdo ambiguo ya que la corte no podría forzar un acuerdo donde un donante en contra de su voluntad se convirtiera en padre. Como materia de política pública una corte no podía forzar a la procreación.

Por último en materia de jurisprudencia en nuestra búsqueda encontramos el caso de J.R.M.R. y W.K.J. vs. El Estado de Utah de abril 5 de 2002. En este caso los padres biológicos y genéticos de gemelos y la cargadora gestional subrogada instaron acción para atacar la constitucionalidad del Estatuto de Utah que regulaba con la implementación y validez de los contratos relacionados con maternidad subrogada.

La corte determinó, que el Estatuto de Utah de paternidad subrogada, el cual concedía automáticamente a la cargadora gestacional subrogada el status de madre legal, era inconstitucional aplicado a los padres genéticos-biológicos y los contratos y adopciones. En relación a la paternidad subrogada el Estatuto de Utah tenían en gran parte vestigios de inconstitucionalidad.

Como vemos en todos estos casos no podemos aplicar normas y patrones tradicionales. Siendo asuntos nuevos a tratar tendremos que actuar sobre la marcha.

Situaciones tan controversiales no se han presentado en nuestros tribunales. Nuestra sociedad es una cambiante, aspecto que afecta la familia. La tendencia es a aceptar la tecnología, educarnos en los temas y poder impartir justicia sabiamente, siempre pensando que el bienestar del menor es lo que está en juego, garantizando sus derechos, siendo estos jóvenes los forjadores del mañana.