

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA

Autor: Mariana Molina y Joaquín Cáceres Santillán *

Resumen:

Un hijo, representa la posibilidad de trascender los límites temporales a través de la posteridad. ¿Qué sucede cuando una pareja ve frustrado el deseo de tener un hijo? ¿Es la maternidad subrogada una opción para evitar esa frustración? Para quienes quieren creer que estos procesos son nuevos o novedosos, no lo son para nada, solo la ciencia que los hace más perfectos.

1. Introducción.

En la antigüedad, la fecundidad implicaba la memoria de los pueblos, un hijo era garante del recuerdo de sus mayores y daba continuidad a su comunidad.

La falta de descendencia, estaba asociada a un castigo divino. Todas las bendiciones bíblicas se vinculan a la multiplicación de la prole. Así es como un hijo, representa la posibilidad de trascender los límites temporales a través de la posteridad.

El deseo de un hijo, en la mujer, deviene desde edad muy temprana, en sus fantasías y en sus juegos, representa el ser mamá: "cuida a sus bebés, los lleva a pasear, les da órdenes, etc."

¿Qué sucede cuando una pareja ve frustrado el deseo de tener un hijo?

La esterilidad, tiene diferentes significados para el hombre y la mujer. Si para el hombre la esterilidad puede ser asociada erróneamente en sus pensamientos inconscientes a la impotencia, al "no poder", para la mujer toma la significación de "no ser".

Podemos decir, que a través de los tiempos, en cada época, donde puede dominar la religión, el cientificismo o la era cibernética, dando diferentes significaciones a lo que es ser padres, ser hijos, conformar una familia, lo que queda intacto es el deseo de ser padres.

2. Historia.¹

Para quienes quieren creer que estos procesos son nuevos o novedosos, no lo son para nada, solo la ciencia que los hace más perfectos. En el Código de Hammurabi, la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación. El Código establecía garantías sociales para las madres subrogadas que tuvieran hijos. Esto data del año 1780 a.c.

En las antiguas Grecia y Roma también se empleaba la maternidad subrogada tradicional y fue muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia,

* Estudiante de la Universidad Nacional de La Rioja.

¹ Fabiana Marcela Quaini -Abogada -Derecho Internacional.

y su esposa estéril, Estratonica, que personalmente selecciono entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos. En la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizó en China, Corea y Japón. Esto sin mencionar Génesis, la primera madre de alquiler conocida en la historia se remonta unos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Caanaán, cerca de Hebrón. El Antiguo Testamento (Génesis 16) libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Y Sarai, mujer de Abram no le paria, y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo pues, Sarai a Abram: ya ves que Jehová me ha hecho estéril, ruegote que entres a mi sierva, quizá tendré hijos de ella”.

3. Concepto.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la practica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.²

4. Aspecto médico.

En la Argentina una de cada seis personas tiene problemas de fertilidad. Pese a no ser legal, a partir de este año se quintuplicaron las consultas, sobre todo, a partir de las confesiones de famosos que hablaron del uso de esta técnica para tener bebés

Desde el punto de vista médico, una vez elegida la madre sustituta, con la evaluación médica completa se deben coordinar los ciclos menstruales de la pareja de los padres biológicos con los de la madre sustituta. La coordinación se hace con pastillas anticonceptivas y después con distintas medicaciones para estimular a los ovarios a que desarrolle varios folículos y óvulos en la madre biológica y pastillas que se le dan a la madre sustituta para estimular el útero

Las razones de los comitentes para acudir a esta técnica pueden ser variadas: desde los casos de mujeres con imposibilidad fisiológica para quedarse encintas o riesgo de salud propia o del feto en caso de embarazo, hasta las que por inconveniencia personal o profesional no desean someterse a las transformaciones y vicitudes propias de un embarazo, pasando por quienes, como les ocurre a los varones, solos o en pareja, presentan una imposibilidad biológica esencial para gestar.

5. Modos.

La maternidad por sustitución o subrogada se puede dar de dos formas:

- La primera denominada “Madre portante” una mujer acepta realizar llevar adelante el embarazo de un embrión conformado por gametos de una pareja estéril. En este caso hay una madre genética y otra gestante
- La segunda llamada “Madre gestante” una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir. En este caso la madre portadora y la genética coinciden.

² “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos” - Sánchez Arísti, Rafael.

6. Dilemas.

Los problemas que genera este tipo de convención son múltiples, pudiendo ser dividido en

- Éticos, por la disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano, aun cuando esta contratación sea gratuita.

Los móviles que animen en cada caso a los comitentes o a la gestante a la hora de acudir a la gestación por sustitución influirán en el juicio ético que merezca su respectiva conducta. Las objeciones éticas puestas a la conducta de la gestante tienen que ver con la instrumentalización o cosificación de su función reproductora, que la reduciría a la función de un puro vaso o repositorio para cumplir fines reproductivos ajenos. En especial cuando actúe a cambio de una retribución económica se suele advertir el peligro de que se produzca una explotación de mujeres con pocos recursos económicos por parte de aquellas otras, de clase acomodada, que prefieran no ocuparse personalmente de gestar a sus hijos. En cuanto a los comitentes, el principal punto de inflexión tiene que ver con la exigibilidad o no de una conducta alternativa, consistente en la adopción de niños ya nacidos, en lugar de situarse como impulsores de la venida al mundo de una criatura a la cual será objeto de un desamparo automático y planificado por parte de quien la gestó y dio a luz. Desde el punto de vista ético también debe valorarse la posición en la que quedan el hijo nacido de una gestación por sustitución y la propia criatura en fase de gestación. En cuanto al primero, algunas distorsiones podrían derivársele del efecto disociador de la maternidad que provoca la gestación por sustitución, aunque en último extremo no parece que su situación sea muy diversa de la de los niños fruto de las técnicas de reproducción asistida convencionales, o de aquellos que resultan desamparados y son dados en adopción. En cuanto al nasciturus, hay que tener presentes los problemas que pueden surgir cuando se detecte alguna clase de riesgo para la salud del feto, pues puede recibir información y participar en la decisión que haya que tomar, dependiendo de si se trata de la realización de pruebas diagnósticas, la aplicación de una terapia o tratamiento prenatal, o la interrupción del embarazo.

- Biológicos, por la dificultad de evitar que la madre gestante tenga relaciones sexuales al tiempo de la concepción, lo que provoca la indeterminación de la paternidad
- Jurídicos, por la indeterminación de la maternidad.

¿Hay una condena social por este tipo de tratamiento?

La sociedad ve esto como algo tremendamente inusual que se sale de lo común y como si fuera ciencia ficción, pues se relaciona este tipo de tratamientos con las personas públicas que lo hicieron. Tenemos una persona sola como Ricardo Fort, que tuvo a sus hijos por esta vía, entonces se puede cuestionar que un hombre solo lo esté haciendo. Después Flor de la V, una persona travesti, casada con un hombre, entonces se mezcla el tema del matrimonio igualitario. Por eso ciertos grupos critican este tipo de tratamiento, por brindar posibilidades a esas parejas que quizá están llenas de amor y que quieren brindar al cuidado de unos niños.

7. Mitos.

Las falsas creencias o mitos más comunes sobre este tema son:

- Que la subrogada tendría como único motivo de hacerlo el económico y por lo tanto, para ella sería solo un negocio
- Que la mujer que lleva al niño en su vientre lo siente como hijo propio.
- Que el niño nacido necesariamente sufrirá.
- Que las mujeres que llegan a estos tratamientos lo hacen solo por comodidad.

La experiencia de quienes (profesionales, agencias, etc.) tratan con los pacientes demuestra que no es así cuando se cuidan todos los aspectos y a todos los que participan. Se trata más bien, de un acto esperanzarte.

8. Legislación Argentina.

En Argentina no hay una ley que regule expresamente la gestación por sustitución, tampoco hay ninguna que lo prohíba.

En Argentina en el nuevo Código Civil y Comercial que ya entró a regir, se erradico la normativa que contemplaba la gestación por sustitución. Correspondiendo a los jueces en cada caso concreto considerar y decidir sobre cada proceso gestacional que se realiza por hoy en Argentina, atendiendo a cada caso en concreto y al interés superior del niño nacido o por nacer.

Empero a la erradicación que realizó el digesto, es preciso recordar en pro del tema que tratamos la Constitución Nacional en su artículo 19, Tratados Internacionales, protegen por sobre todas las cosas este tipo de situaciones donde todo ser humano tiene derecho a constituir ampliar su propia familia, más especialmente cuando por razones médicas de riesgo de vida u otras no es posible para la mujer llevar a cabo la gestación del embrión. El Estado no debe inmiscuirse en la vida privada de las personas.³

Sin perjuicio de ello, la doctrina Argentina concuerda en afirmar que los contratos de maternidad o maternidad por sustitución, son nulos ya sea que la contratante haya aportado sus propios óvulos o que el ovulo sea de una extraña. En ambos casos se considera que el contrato es inválido porque:

- A) Viola el orden publico.
- B) Su objeto se encuentra fuera del comercio.
- C) Es inmoral.
- D) Desdobla la maternidad.
- E) Altera el estado civil de las personas⁴

A nuestro entender, predicar la nulidad no es una solución suficiente para la problemática que es la posibilidad de la realización de la maternidad por otro.

Dicho de otra manera, es biotecnológicamente posible que una mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño que genéticamente es de otra mujer, esta posibilidad no se pierde por la declaración de nulidad del contrato que la origina, por ello cuando se gesta un niño por encargo además de declarar la nulidad del pacto que unió a las partes, hay que solucionar el problema de quien es la madre y determinar si es posible la adopción de la criatura.

En la jurisprudencia el tema ha sido ya receptado por la Corte Interamericana, en el fallo “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)” de diciembre del 2012,

³ Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales.

⁴ “Maternidad por sustitución – Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana.” – Medina, Graciela. LA LEY 1997.

se refirió a que en manifiesta afirmación de la vida han nacido en el mundo de 5.000.000 de personas que no existirían de no ser por las técnicas de reproducción asistida y se refiere expresamente a las técnicas de reproducción asistida y no excluye a la gestación por sustitución. Considero al embrión como una cosa y no una persona. Por otro lado el fallo “Mennesson y Labassee c/Francia TEDH” del año 2014, recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. La relación existente entre el niño así gestado y los padres de intención constituye un vínculo familiar de hecho que en, interés del menor, prohibir los efectos derivados de la gestación por sustitución en la filiación del menor, que sirve de fundamento al establecimiento de una relación de vida familiar, tal exclusión no termina de encontrar, en realidad, una suficiente justificación.

El primer fallo de maternidad subrogada/gestación por sustitución en Argentina, data de junio de 2013, en el cual la jueza María del Carmen Bacigalupo, a cargo del Juzgado Nacional Civil del Juzgado N° 86 donde se solicitó la inscripción de un recién nacido a nombre de los padres procreacionales y biológicos que acudieron a una maternidad subrogada proceso que se llevó a cabo en Argentina , para tener a su hija en Argentina, ordeno la inscripción de la niña nacida en la Ciudad de Buenos Aires en el Registro Civil a nombre de sus padres procreacionales, en una sentencia sin precedentes en el país. Se refirió a “que no existe aún regulación legal que habilite o prohíba la maternidad subrogada de la que valieron los peticionantes para el acceso a la maternidad y paternidad, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre y aun cuando no se conoce si el proyecto de Código Civil que contempla la gestación por sustitución o maternidad subrogada pueda o no convertirse en ley pero sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada”.Dijo la juez que “el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera. Los argumentos terminan dado la pauta que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada, merece una respuesta en este caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando sin duda la inexistencia de ley que la prohíba. La fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge entre del informe de ADN. Lo que sin duda afirma el principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica y demás consideraciones formuladas en el decisorio. Resalta la Magistrada seguidamente que se ha sostenido así bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tampoco lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo”.⁵

Otro fallo reciente y relevante en el tema es aquel que admite una acción de impugnación de maternidad en un caso de gestación por sustitución, con fecha 25 de junio de 2015, ante el Juzgado Nacional de 1ra instancia en lo Civil número 102.

“Una mujer, de forma libre y espontánea, colaboró en una gestación por sustitución aceptando que un óvulo fecundado con el material genético de un matrimonio de su

⁵ Expte. 38316/2012 – “NN O D G M B M s/ Inscripción de nacimiento” – JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 86

confianza sea implantado en su cuerpo. Nacida la niña, fue inscripta como hija del padre biológico y de la mujer gestante, aunque convivió desde su nacimiento con el matrimonio mencionado. A fin de que se desplace del estado de madre a aquélla y se la emplace a la genética, aquéllos iniciaron acción de impugnación de maternidad. La demandada se allanó a la pretensión y el juez admitió la demanda.”

La acción de impugnación de maternidad en la que se resolvió desplazar del estado de madre a la gestante y emplazar a la madre genética en un caso de maternidad subrogada, exhorto a los actores, progenitores biológicos de la niña, que hagan saber a ésta, en cuanto sea oportuno, las circunstancias de su nacimiento.

Si bien un sector de la doctrina se muestra contrario a la regulación de la gestación por sustitución —maternidad subrogada— con fundamento en que se trata de un contrato inmoral que supone la explotación y cosificación de la mujer y la manipulación del cuerpo femenino como mero recinto gestador, lo expuesto se aplica indudablemente a los contratos onerosos que se firmen a tales fines, los que sin lugar a dudas deben prohibirse.

El Código Civil y Comercial en vigencia prevé que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción y admite, en consecuencia, la impugnación de la filiación originada en técnicas de reproducción asistida con las limitaciones que impone —arts. 576 y ss.—⁶

9. Derecho Comparado.

9.1. Países que no aceptan la maternidad subrogada.

Hay países que expresamente prohíben los contratos de alquiler de vientre o maternidad subrogada. Tal sería el caso de Suiza, China, Francia, España, Alemania, Italia, algunos Estados Unidos como New York, Columbia. Otros países prohíben directamente la donación de embriones como Austria y Noruega. Algunos países consideran sanciones inclusive penales para quienes intervienen en prácticas de alquiler de vientre como sucede en China, Alemania, Francia, Italia y Suiza.

9.2. Países que no tiene una ley específica sobre la maternidad subrogada.

Otros países no tienen una ley que legisle sobre la subrogación de vientre. No hay una ley que lo prohíba expresamente, en este campo estaría Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, República Checa, Irlanda, Japón, México, Países Bajos, Venezuela. Algunos de ellos tienen guías médicas como el caso de Brasil y Japón, Canadá, Irlanda puede tener sanciones penales cuando se trata de arreglos comerciales de maternidad subrogada. En estos países prevalece la regla del derecho romano “mater Semper certa est” y en algunos de estos países se buscó la filiación por medio de la adopción.

9.3. Países que han reglamentado la maternidad subrogada.

Hay otros países que expresamente regulan la maternidad subrogada como Australia (Capital y Queensland) New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia, Canadá Alberta y British Columbia, Hong Kong, Grecia, Israel, África del Sur, Reino Unido y en parte Nueva Zelanda.

⁶Juzg. Nac. 1ra Instancia en lo Civil N° 102(JNCiv)(Nro102)- “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad “ (2015)- Publicado en: LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 Cita Online: AR/JUR/12711/2015

Algunos de estos estado requiere aprobación previa, otros posterior. Algunos Estados permiten la gestación por sustitución solo altruista y otros permiten compensaciones razonables. Por otra parte se requiere en algunos países que sean los gametos del matrimonio que intenta subrogar, no siendo permitido la donación de gametos, como Hong Kong, o que el gameto del padre sea utilizado como condición expresa como en Israel. No es permitido que la mujer gestante aporte su propio gameto y también suelen regularse las edades de la mujer gestante, en Israel debe tener entre 22 y 38 años. Otros países tienen requisitos tales como una razón médica para dicha opción, test psicológicos, entre otras condiciones.

9.4. Países que aceptan la maternidad subrogada y los acuerdos económicos.

Tenemos un cuarto grupo de países que permite la maternidad subrogada y convenios económicos: Georgia, India, Rusia, Uganda, Ucrania y dentro de Estados Unidos, California, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pensilvania, Carolina del Sur, Alabama, Arkansas, Illinois, Iowa, Nevada, North Dakota, Oregon Tennessee, Texas, Utah, West Virginia, Florida. También se habrían hecho convenios con mujeres en Armenia y Moldavia, Nepal.

10. Relación con figuras vigentes en nuestro derecho.

10.1. Adopción.⁷

De alguna forma el estudio y eventual tratamiento legal de la gestación por sustitución no puede hacerse de espaldas la regulación sobre adopción, por cuanto si las técnicas de reproducción asistida tradicionales ya vienen a suponer una especie de tertium genus entre la filiación natural y la adoptiva, la proximidad de la gestación por sustitución a la adopción es mucho más evidente, dada la escisión que en aquella se da, por definición, entre el hecho obstétrico y la voluntad o deseo de ser padre/madre, la cual se acentúa cuando los comitentes no hayan aportado el material reproductor y por lo tanto carezcan de vínculo genético con la criatura. La eventual regulación legal de la maternidad subrogada debería prever unos requisitos parejos a los de la adopción, en el sentido de requerir un certificado de idoneidad de los comitentes, una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño, o la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la mujer portadora relativo a la entrega del niño. Solo bajo estas estrictas condiciones podría admitirse que la filiación natural de un niño fruto de este procedimiento se atribuya a la persona o pareja comitente. Un acercamiento de este tipo evitaría las consecuencias indeseables que en la práctica produce una prohibición radical como la que actualmente existe. Por otro lado la homologación de esos contratos por una autoridad judicial permitiría garantizar que todos los consentimientos se han prestado de forma voluntaria y tras haber recibido oportuno asesoramiento legal y médico, y que tanto los comitentes como la portadora reúnen las condiciones psicofísicas adecuadas para asumir el rol que cada uno de ellos se propone.

En línea con otros ordenamientos que ya han regulado la figura, lo más apropiado sería prohibir que la madre gestante pudiera ser remunerada, más allá de la cobertura de los gastos conectados con la gestación, así como limitar el catálogo de indicaciones que permitirían acudir a un contrato de gestación por sustitución.

⁷ “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos” - Sánchez Arísti, Rafael.

Desde otra óptica cabría interrogarse -en caso de que la gestación por sustitución sea admitida en nuestro país- es si esta figura, la adopción, no se vería en vías de extinción con la posibilidad de un hijo así gestado (con material genético de uno o ambos padres). Máxime teniendo en cuenta que muchas parejas adoptantes prefieren que sea un niño recién nacido.

Lo cierto es también que, no podemos desconocer que los niños en estado de adoptabilidad en la realidad existen y son cada vez más; apelando por ello a la existencia de corazones que los reciban y protejan.

11. Ámbito Laboral.⁸

En lo laboral la pregunta que cabría hacerse es si la mujer gestadora gozara de la licencia por maternidad, siendo que tiene obligación de entregar él bebe recién nacido. ¿Qué pasaría con las demás cuestiones del derecho laboral de la mujer embarazada como la indemnización por despido?

Resulta de aplicación indudablemente aquí el art. 177 de la Ley 20.744. Sin lugar a dudas el primer periodo determinado de licencia le corresponderá a la madre sustituta.

Cabe así interrogarse lo relativo al segundo periodo, teniendo en cuenta que debe entregar al niño recién nacido. Lo cierto es que, la mujer, antes y después del nacimiento, también está cubierta por el régimen de enfermedades inculpables. Circunstancias en las que podríamos encontrar tal vez el amparo legal para el post parto de la madre gestante a nuestro entender. Ahora, bien para que proceda esta cobertura el único requisito es que la dolencia debe producirse fuera del tiempo de la licencia por maternidad lo que no ocurriría en el caso de marras. Aun cuando pareciera que todo está perdido la solución estaría en que también se regula que si se produce la interrupción del embarazo, cesa la licencia por maternidad y la trabajadora debe reintegrarse al trabajo, pero si sufre las consecuencias de un debilitamiento, físico o psíquico, resulta aplicable el régimen de enfermedades inculpables.

En lo que atañe a la estabilidad laboral, es dable recordar que reza la norma que toda mujer tiene garantizado el derecho a la estabilidad en el empleo durante la gestación. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere la norma precitada, pero para algunos especialistas laborales “la estabilidad es relativa”. Si bien, la legislación garantiza continuidad en el empleo de “toda mujer durante la gestación”, por otro lado le permite al empleador despedir a la trabajadora, mediante el pago de una “indemnización especial” que se suma a la común por despido arbitrario establecida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

12. Conclusión.

Tanto una mujer sola como un hombre solo, parejas heterosexuales o bien homosexuales tienen el derecho inalienable de tener un hijo y de conformar una familia. La ciencia avanza mucho más rápido que las leyes y por lo tanto debemos adecuarnos a las realidades y necesidades de hoy.

⁸Ley de Contrato de Trabajo, art. 177 y 245.

¿Quién es la verdadera madre? Para nosotros, es la que pensó al niño e hizo todo un recorrido para poder tenerlo en sus brazos y que tuvo que pasar por muchos momentos de elaboración de pérdidas para llegar al cariño.

Dejando a criterio de los lectores y como pregunta con un sinfín de respuestas de ¿qué pasaría en Argentina si se logra sortear lo jurídico? ¿Y el principio de identidad biológica? ¿Qué pasaría dentro del lapso del tiempo de la gestación fallece la madre quien se haría cargo de sus hijos anteriores?