

Maternidad subrogada

Por Rosa Sauer



Medica Pediatra (UBA)
Especialista en Medicina
Legal (Universidad ISALUD)

1. Introducción

El presente trabajo intenta exponer las diferentes problemáticas científicas, jurídicas y sociales de la maternidad subrogada ante el anteproyecto de reforma del Código Civil Argentino. Se analizará la regulación procedimental de la maternidad subrogada como figura jurídica para la República Argentina en base al proyecto de reforma del Código Civil y su posible perfeccionamiento.

Argentina no contempla en ningún ordenamiento legal la figura jurídica de la maternidad subrogada, de manera tal que este tema plantea incertidumbre ante esta nueva figura.

En nuestro país ha surgido una problemática: cada vez más parejas en edad reproductiva presentan problemas de infertilidad y/o esterilidad. Ante este creciente anhelo de paternidad, recientemente, la presidenta de la Nación junto con el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anunciaron una síntesis oficial de los puntos más importantes que incluye la reforma y unificación del Código Civil y Comercial Argentino.

Entre otros puntos *–y a lo que a este trabajo interesa–* se destaca del informe oficial:

- a) Reproducción humana asistida: Actualización de la legislación mediante la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, mediante las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro, haciendo prevalecer la voluntad procreacional.
- b) Gestación por sustitución: reconocimiento central a la voluntad procreacional expresada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen.

Ante ello, el juez deberá constatar que la gestante no haya recibido retribución de ningún tipo y que al menos uno de los comitentes aportó material genético.

Todos estos nuevos conceptos generaron consensos y descensos diversos. Es por ello que frente a este nuevo interrogante, resulta necesario y previo a cualquier análisis del tema de estudio, realizar un breve desarrollo histórico-jurídico del nacimiento de la fertilización asistida y la amplitud de casos ante el nuevo reconocimiento del matrimonio igualitario dentro de la órbita del matrimonio civil argentino.

2. Principales conceptos

Hasta no más de 30 años la filiación estaba fundamentada en el origen biológico de la consanguinidad sin descartar, por supuesto, la filiación por adopción. El principio de igualdad de la filiación condujo a la plena equiparación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los hijos adoptados. Los hijos o eran concebidos sexualmente por sus padres (ya fuera dentro del matrimonio, fuera del matrimonio o en unión libre) o eran adoptados. En ese entonces, no cabía ni imaginar que los hijos pudieran ser concebidos a través de la procreación médicamente asistida, ya fuera mediante la fecundación homóloga o mediante la fecundación heteróloga.

El **“alquiler de vientre”, denominado correctamente como “útero portador” o “útero subrogado”** se trata de un acuerdo entre partes en la que una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. La mujer portadora podrá tener una relación genética con el embrión que lleva a término (en caso de haber aportado un óvulo propio) o ninguna relación genética en el caso de que el embrión haya sido formado con óvulos y espermatozoides de terceros.

En la actualidad existen dos tipos de maternidad subrogada. Los mismos han sido definidos como: la subrogación tradicional (donor surrogacy) y la subrogación gestacional (gestational surrogacy). En el caso de la **subrogación tradicional**, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada con el fin de dar a luz una criatura. Por ende, se puede decir que en estos casos la concepción y alumbramiento se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la persona que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de ella.

En otras palabras, la persona que se ha de concebir en una subrogación tradicional es producto del material genético de la subrogada y la pareja del sexo masculino. O sea, la persona o personas interesadas en recurrir a una subrogada han de remunerar a la misma por su óvulo y por el alojamiento del feto durante los meses de embarazo. Convirtiéndose así en lo que se podría conceptualizar como dos mercados y dos gestiones independientes, por las cuales se ha de pagar a la subrogada.

Por lo tanto, al existir dos objetos independientes sobre los cuales las partes han de contratar, el óvulo y el alojamiento, las implicancias que surgen de estos contratos son de gran trascendencia. Para resolver ciertos aspectos se ha indicado que es necesario el acordar anticipadamente que la subrogada ha de ceder el derecho filial sobre la criatura desde su concepción.

La **subrogación gestacional**, por otro lado, conlleva la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada. Este tipo de subrogación también es conocido como alquiler de útero. En estos casos la madre genética de unos embriones, no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta gesté el feto y al nacer le entregue el niño. A diferencia de la subrogación tradicional, la madre subrogada no comparte material genético con el ser que está gestando. En este caso el embrión fertilizado puede provenir de la pareja contratante o por donación.

La maternidad subrogada comparte muchos elementos con la adopción. La diferencia principal entre la adopción y la maternidad subrogada estriba de la manifestación de la intención que da lugar a la concepción y del momento en que se ceden todos los derechos, deberes y obligaciones frente a la criatura nacida.

En la adopción el consentimiento a la renuncia de las relaciones filiales se manifiesta luego del alumbramiento. Mientras que en la maternidad subrogada, el niño se concibe con la intención y el propósito específico de entregarlo, el propósito de la concepción, por ende no es el retenerlo para sí. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es no informado y por lo tanto no sería válido.

2.1 Antecedentes, casos destacados en jurisprudencia de los Estados Unidos

En Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Arizona, Indiana, Michigan y New York prohíben los contratos de maternidad subrogada mientras que Kentucky, Louisiana, Nebraska, Washington, Florida, Nevada, New Hampshire y Virginia los validan si la madre subrogada no recibe paga por virtud del contrato. Los estados de Florida, New Hampshire y Virginia también requieren como requisito del contrato que la madre comitente, esto es, mujer con la intención expresa de procrear y de criar la criatura, sea infértil. Los estados de Virginia y New Hampshire, por el otro lado, requieren la aprobación judicial previa del contrato para que este sea válido. La jurisdicción de Arkansas es otra donde se validan los contratos de maternidad subrogada. A diferencia de los anteriores estados, en Arkansas se presume que el contrato de maternidad subrogada es válido y que el nacido por virtud de esta es hijo de los padres contratantes.

Juristas de los Estados Unidos de América han desarrollado mecanismos o teorías para determinar la maternidad legal en la gestación subrogada. Estas son, entre las principales: 1) la teoría de la intención (*intent-based theory*), 2) la teoría de la contribución genética (*genetic contribution theory*) 3) la teoría de preferencia de la madre gestante (*gestational mother preferente theory*) y 4) la teoría sobre el mejor interés de menor (*the best interest of the child theory*).

Cuando una Corte o un Estado adoptan la teoría sobre la intención la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura. Esta es conocida como la madre comitente (commissioning mother). Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson v. Calvert de 1993. En el caso Johnson es donde por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbró la criatura o la que provee el material genético. En este caso una mujer capaz de producir óvulos no podía gestar una criatura porque había sido sometida a una histerectomía. Como resultado la pareja contrato a una mujer la cual acordó ser implantada con el embrión fertilizado de la pareja. Tanto la madre biológica como

la que gestó la criatura solicitaron a la Corte que determinase preliminarmente la maternidad legal. Según el Código Civil del Estado de California la maternidad legal puede ser determinada mediante el parto o pruebas genéticas. Dado que tanto la madre biológica como la gestante tenían un reclamo válido en cuanto a la maternidad, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad. La Corte optó por hacer una determinación de la intención de las partes al entrar al contrato de subrogación independientemente de la validez del contrato. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar la criatura. Esta teoría está basada en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido creada.

Otro caso resuelto en base a esta teoría de determinación de maternidad lo fue *Marriage of Buzzanca* en 1998. Este se diferencia de *Johnson* en el hecho de que en este se transfiere a la madre subrogada un embrión fertilizado donado, por lo tanto, la criatura no compartía componentes genéticos con ninguna de las partes participantes del acuerdo de subrogación. En el caso *Buzzanca* nació una niña como resultado a un acuerdo de maternidad subrogada mediante el cual el matrimonio *Buzzanca* contrató a una mujer para que fuera inseminada por un embrión fertilizado de donantes anónimos y lo gestara. Durante el embarazo de la madre subrogada el matrimonio *Buzzanca* enfrentó numerosas dificultades las cuales culminaron en su eventual divorcio. Posterior a este hecho, el ex-cónyuge se negó a aceptar la paternidad; la madre subrogada y portadora declaró no querer la criatura y no tener responsabilidad ni obligación ante esta porque no tenían relación genética; y la ex-cónyuge reclamó ser ella y su nuevo esposo los padres legales de la nacida. El Tribunal de Primera Instancia resolvió que la criatura no tenía relación paterno filial con ninguna de las partes. Basó esta decisión en el hecho de que ni los *Buzzanca* ni la madre subrogada tenían una relación biológica con la menor; la ex esposa no había aportado el óvulo ni había alumbrado a la menor y él no era el padre por que no aportó el semen, por tal razón la Corte inferior determinó que ambos no tenían ninguna responsabilidad ante la menor. Esta decisión fue revocada en apelación y Tribunal Supremo del Estado de California determinó que ambos eran madre y padre legítimos y tendrían la custodia de la niña con responsabilidad inmediata de alimentos y derechos futuros de custodia y visitas. La Corte también aprovechó la oportunidad para aclarar que en los estatutos de California existen dos métodos para establecer la maternidad legal, a través del alumbramiento o la donación del óvulo a ser fertilizado. En cuanto a la paternidad, al igual que otras jurisdicciones, estableció que el esposo que consiente a la inseminación artificial es el padre legal de la criatura independientemente de tener lazos genéticos con esta ya que este consintió a la procreación de la criatura. Este fallo se basó en la teoría sobre el mejor interés del menor, y se fundamenta en el bienestar del niño independientemente de la genética y gestación. Se tomó en consideración factores como la facultad que tienen las personas involucradas para proveer al niño, tanto en el ámbito psicológico como en el físico. Este estándar le da amplia discreción al Tribunal, en cuanto a analizar factores como

educación y manutención del niño entre otros, buscando lograr justicia para la criatura.

3. Situación legal en la Republica Argentina

En Argentina el artículo 543 del Código Civil establece que la maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Por lo tanto la maternidad es reconocida a aquella mujer que haya gestado la criatura aun cuando quede demostrado que esta fue implantada por un óvulo fecundado de otra mujer.

De lo expuesto en párrafos anteriores, se infiere que las construcciones jurídicas en torno del mismo resultan insuficientes para regular el fenómeno. Será deber de nuestros legisladores a la hora de evaluar el nuevo proyecto la seguridad jurídica de esta nueva especie dentro del derecho de familia.

Por otro lado, no puede desconocerse que los acuerdos de maternidad subrogada son claro ejemplo de lo antedicho. Cuando una mujer manifiesta su voluntad de llevar adelante la gestación de un óvulo fertilizado de otra pareja, contribuye con su declaración a formar el consentimiento. Dicho consentimiento constituye uno de los elementos estructurales del contrato, cuyo objeto es la entrega del niño nacido después del parto. De manera que este acuerdo presupone una obligación de hacer: llevar adelante la gestación; y una obligación de dar: entregar al nacido.

Bajo estas ideas, se genera una discusión que consiste en descubrir aquella norma vigente que sea susceptible de aplicación al caso que nos incumbe. En tal sentido, de considerar como contrato este negocio jurídico bilateral, la pregunta es ¿dentro de qué tipo de contrato previsto en nuestro ordenamiento normativo se encuadraría? Algunos de los expertos que analizan esto sostienen que se trata de actos jurídicos atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia. Otra parte de la doctrina considera que el acuerdo engendra obligaciones de hacer: recibir la implantación del gameto fecundado, llevar adelante la gestación del mismo, someterse a controles médicos periódicos, llevar una vida saludable, etc., podría encuadrarse en una locación de servicios. Pero el corolario de estas obligaciones de hacer lo constituye en una obligación de dar: entregar el niño a sus progenitores; en este caso la figura más a fin lo constituye *la locación de obra*. De la prevalencia dada a una de estas actividades, será la tipificación del contrato como una u otra figura, o se proclamara su atipicidad. Puede que la madre gestante se arrepienta del acuerdo celebrado e incumpla con su obligación de dar.

La solución que se dé a este problema dependerá de la postura que tome cada ordenamiento normativo en torno a la validez o nulidad de este tipo de acuerdos. Nuestro ordenamiento normativo actualmente no contempla de manera expresa el supuesto de maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro. Ante esta carencia normativa, se recurre a la auto-integración, es decir a la aplicación analógica de aquellas normas que regulan casos similares; pero al realizar esta tarea el encargado del funcionamiento de las normas, advierte la imposibilidad de la auto-integración para tipificar dicho acuerdo.

También es importante resaltar que el objeto de la maternidad subrogada deberá estar fuera del comercio, ya que el artículo 953 del Código Civil Argentino prescribe que *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de las conciencias, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”*.

Ahora bien, luego de analizar la validez o nulidad de dicho acuerdo, será necesario determinar y precisar la cuestión atinente a la filiación, ya que si bien el acuerdo es nulo, debemos preguntarnos qué solución se debe abordar ante el supuesto de que esta práctica se de en la realidad.

Otros argumentos plantean que la solución de los problemas que se presentan en la maternidad subrogada dependen, en buena parte, de la respuesta que se de a un aspecto ciertamente relevante de la cuestión, consistente en la determinación de cuál de las personas que tienen alguna intervención en la práctica de que se trata tiene mayor derecho a ser considerada como madre del niño y, por tanto, a quedarse con él, en caso de discrepancia sobre ese aspecto.

La disociación entre el acto procreacional y la gestación, que supone la maternidad subrogada, conlleva problemas derivados del emplazamiento filial del niño y, en estrecha relación con este último, la cuestión acerca de la validez o nulidad del acuerdo celebrado entre sus padres genéticos y la mujer gestante.

Una respuesta a los mencionados problemas puede inferirse, en el ordenamiento normativo argentino, del art. 242 del Código Civil (según ley 24.540): *“La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”*. Esta disposición legal constituye la aplicación del aforismo romano según el cual *“el parto sigue al vientre”* (*partus sequitur ventrum*), y en virtud de ello, *“la maternidad siempre es cierta”* (*mater semper certa est*). Pero, las técnicas de reproducción humana asistida interpelan la certidumbre de la maternidad, o al menos, la certeza de la maternidad biológica, que no siempre es coincidente con la determinada legalmente. Cabría en el caso del ordenamiento normativo argentino, hacer una interpretación de la auténtica voluntad del autor de la norma, a fin de desentrañar el objetivo y los móviles que tuvo al momento de legislar. Está de más decir que en el siglo XIX, época de entrada en vigencia

de nuestro Código Civil, era impensado que la maternidad podía disociarse. Podría hallarse allí una carencia histórica de normas por novedad científica.

Ahora bien, las leyes posteriores (tales como la ley 23.264, a quien se debe la anterior redacción del mencionado artículo 242) se sancionaron en la década del '80, siglo XX, que ya conocía del avance tecno-científico en materia de reproducción humana asistida. Al respecto, dice Zannoni *“La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento; demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos”*

La Argentina se halla actualmente debatiendo proyectos de reforma legislativa, intentando encontrar el concepto más inclusivo e igualitario de maternidad subrogada, armonizando conceptos y definiciones doctrinarias y las que surgen de legislaciones comparadas. En general proponen que puedan actuar en calidad de subrogante o subrogantes parejas heterosexuales, parejas homosexuales y personas solas, sin discriminar si es mujer o varón.

Los fundamentos apelados enfatizan que la ciencia contemporánea da la oportunidad de encontrar soluciones al problema de la infertilidad y la frustración de las personas que han deseado por años ser padres o madres y no lo han conseguido. En ese marco, la maternidad subrogada es una práctica tendiente a superar la imposibilidad de procrear de forma natural.

En lo que se refiere al público proyecto emitido desde la Presidencia de la Nación, al momento sólo han sido planteados los lineamientos generales, de manera que no aún no se ha avanzado sobre las especificaciones de regulación de esta actividad. Aun así, desde el sitio oficial www.codigocivil.argentina.ar se especifica que en la gestación por sustitución será central la *“voluntad procreacional expresada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen”*. Al mismo tiempo, se destaca el carácter gratuito de la participación de la gestante.

4. Conclusión

La cuestión es que el problema está planteado y a situaciones y problemas reales hay que dar soluciones jurídicas. La sociedad toda debe asumir estos cambios sociales y generacionales tan profundos que se están dando en el panorama jurídico de este siglo, en torno a las nuevas formas de familia y de parentesco.

Bibliografía

- Ciuro Caldani, Miguel Angel “Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría Gral del derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 23, pág. 39/40.
- Coll Pestaña Ivette, *Análisis Crítico sobre los Efectos del Desafío Genético en el Bienestar de los Niños*, 63, Rev. Col. Abogado 1, Año 2002.
- Larkey, A *Redefining Motherhood: determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements*. 51 Drake L. Rev. 605 . Año 2003. N.j 396, 537, 1988
- Sambrizzi, Eduardo, “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pag. 239. Sambrizzi, op.cit., pág. 236.
- Vera Ramírez, E El contrato de maternidad subrogada a favor y en contra de concederle eficacia jurídica, *Rev. Jurídica U.P.R.* 515 (1997)
- Weigmaier, Adriana “Maternidad Subrogada”, *Revista de Derecho de Familia*, n°3 Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss.
- Zannoni Eduardo A., “Derecho de Familia”, Bs.As., Astrea, T.2, pág.334.