

La maternidad subrogada en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial. La identidad del niño nacido

Elsa Gladys Perlo*

1. Consideraciones preliminares [arriba] -

Dentro de las reformas propuestas en el proyecto de Código Unificado Civil y Comercial, se incluye una nueva manera de generar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida.

Tradicionalmente, se hablaba de maternidad de origen (biológica) o por adopción. Los nuevos descubrimientos y avances tecnológicos, han hecho pensar en otras figuras jurídicas y atender de esta forma, a los reclamos y representaciones sociales.

Podríamos mencionar las razones por las cuales, se habla de técnicas de reproducción humana asistida con familiaridad y se hace uso de ellas: mayor número de especialistas; el aumento de porcentajes de situaciones de infertilidad en personas que pertenecen a ciertos grupos sociales; las dificultades propias de la adopción; las expectativas que generan las nuevas técnicas al darse a publicidad por distintos medios de difusión masivas.

Los especialistas en derecho de familia, que ya han sorteado las dificultades propias de la filiación por naturaleza y de la adoptiva, están frente a este nuevo desafío que plantea, a mi entender, una serie de cuestiones que desarrollaré a lo largo del presente trabajo.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida humana se encuentra como centro de atención la inseminación artificial, realizada con gametos donados y propios, para su implantación dentro de vientre propio o subrogado.

He aquí, donde considero particularmente, que pueden plantearse una serie de interrogantes, difíciles de solucionar a primera vista y que seguramente requerirán de un análisis pormenorizado a la hora de deducir soluciones, para dirimir cuestiones traídas a los estrados judiciales.

El alquiler de vientres es una realidad social en Argentina, donde se practica desde hace muchos años. El gobierno, a través de su inclusión en este proyecto, se dirige hacia la legalización de una realidad, que urge su regulación, a fin de brindar un primer marco jurídico dentro del que podrán atenderse situaciones conflictivas.

2. Maternidad subrogada en Argentina [arriba] -

Según el diccionario de la Real Academia Española (edición 2001) la palabra “subrogado” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona”, sin embargo esta definición no alcanza a cubrir el horizonte que se abre con las prácticas de reproducción humana asistida.

Para los que nos hallamos en el ámbito de lo jurídico, subrogación rememora la idea de sustitución, ya sea de una cosa o persona por otra. También es una forma de transmisión de las obligaciones, por ejemplo, cuando se sustituye un acreedor por otro, algo que no sucede con la maternidad subrogada, ya que la mujer que “contrata” no puede ser sustituida por otra mujer “contratante”.

“Los anuncios en la prensa argentina y la oferta y demanda en Internet muestran cómo cada vez más mujeres ofrecen su cuerpo para gestar un hijo ajeno, el modo en que están dispuestas a alquilar su vientre a cambio de dinero que les permita mantener a sus hijos o conseguir una casa para poder criarlos en condiciones dignas. Hasta hoy hay avisos de donación de sus propios óvulos. Al realizar la búsqueda en Internet para conocer la oferta de anuncios, fue grande mi asombro al encontrarlos catalogados junto a anuncios de alquiler de viviendas, es aquí cuando uno comprende el concepto de una “ética locataria” (Videla, 2007).

Frases como las que siguen se encuentran por centenares en Internet en los anuncios de alquiler de vientre:

‘Tengo 24 años, tengo 2 hijos y soy casada, alquilo vientre sano...’, ‘Te puedo ayudar a que cumplas tu sueño de tener tu hijo propio, es un vientre sano y saludable...’, ‘vientre de alquiler responsable...’, ‘vientre de alquiler responsable hola futuros padres, mi nombre es Angélica, gozo de buena salud...’, ‘Tengo 30 años, 3 hijos, soltera y con necesidades económicas...’, o ‘Madre de de 36 años ofrece en alquiler su vientre a cambio de casa...pido absoluta discreción’, todos los ejemplos son de mujeres de ciudad de Buenos Aires o provincia de Buenos Aires. E incluso se hace mención al color de la piel. ‘Hola me llamo Vanina, soy de Lanús, tengo 28 años, soy bonita bien blanca pelo largo y rubio cuerpo normal casada 3 hijos hermosos y bien sanos y anuncio que quiero alquilar mi vientre por inseminación artificial’. ‘Alquilo mi vientre: me llamo Silvana soy argentina, busco parejas que deseen tener un hijo, puedo ayudarlos comuníquense conmigo’. ‘Alquilo mi vientre, total seriedad, con garantía, 35000... dólares’[1]

En Argentina, tratamientos de fertilidad e inseminación artificial se practican desde hace décadas. Hallamos clínicas de fertilidad actualizadas y equipadas con tecnología avanzada, pero no existe un marco regulatorio de estas prácticas.

Nuestro país, todavía carece de una ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a pesar de ser uno de los países más avanzados de Latinoamérica en cuando a técnicas médicas de fertilización asistida.

Existe en la provincia de Buenos Aires, la ley 14.208 de Fertilización Asistida, sancionada en diciembre de 2010 y aprobada en enero de 2011, que sólo regula la cobertura social de los tratamientos de fertilización asistida y restringe el beneficio a parejas que padecen de infertilidad, ya que es considerada como una enfermedad.[2]

Como antecedentes de proyectos de legislación sobre maternidad subrogada, podemos citar uno de la legislatura de Santa Fe sobre “Maternidad Gestacional Subrogada”, presentado por el diputado Alberto Monti (PJ) que propiciaba un procedimiento ágil, no se establecía la creación de autoridad competente ni registro alguno. El proceso se basaba en un acuerdo entre privados patrocinados por abogados; si en el instrumento de subrogación gestacional se contemplaba el pago de una compensación a la madre sustituta gestacional, la misma debía depositarse en un banco oficial a su nombre antes del comienzo de cualquier procedimiento médico; la paternidad y maternidad de quienes subrogaren debían demostrarse con el contrato firmado por todas las partes y notificado al Registro Nacional de las Personas para registrar la filiación. La madre gestacional sustituta tenía que haber dado a luz al menos un hijo antes de consentir este acuerdo y en caso de estar casada debía quedar asentado el consentimiento de su cónyuge; ella también debía ser evaluada clínica y psicológicamente. El o los padres subrogantes debían contribuir con al menos uno de los gametos resultantes en un pre-embrión que la sustituta gestacional tenía que intentar llevar a término. Este proyecto preveía la regulación de la maternidad gestacional subrogada con objetividad, sin prejuicios, teniendo como pilares la voluntad procreacional y la oportunidad que la ciencia presta.

El otro proyecto, presentado por el diputado neuquino Hugo Nelson Prieto (Partido de la Concertación), fue en el 2011, al Congreso de la Nación, denominado “Régimen de Maternidad Subrogada”.

En éste, se trataban los temas de la autoridad de aplicación de la ley; de la creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada; de la manera de instrumentarla; los requisitos que debía reunir la mujer gestante, los del o los subrogantes, de los profesionales médicos intervinientes, de la donación de óvulos y espermatozoides y de las prohibiciones.

Así, la madre gestante debía tener una edad comprendida entre los 18 y 35 años, y se no ser la donante del óvulo que originara el niño por nacer. Debía ser plenamente capaz y hallarse inscripta en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, además de cumplir con otros requisitos legales de tipo médico. En lo que se refería a los subrogantes, el texto indicaba que debían ser mayores de edad, y en caso de ser dos, uno de ellos debía tener una edad máxima de 50 años, edad que tampoco podía superar el subrogante individual. Debían tener una residencia mínima de tres años en el país, ser plenamente capaces, solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada y cumplir otros requisitos de tipo formal.

En cuanto a los médicos intervinientes se establecía que sólo podrían realizar el procedimiento contra presentación de un Instrumento de la Maternidad Subrogada redactado y homologado de la manera legal preestablecida según el citado proyecto. Se prohibían

expresamente la gestación en mujeres en coma o en animales, la crío-conservación que no se hallare dirigida a la reproducción humana y la clonación. Este proyecto al no mencionar expresamente el sexo de pertenencia de los subrogantes, parecería indicar que el mismo se hallaba abierto a parejas de igual o distinto sexo. No contenía mención alguna para la mujer gestante.

3. La cuestión en el Proyecto de Código Civil y Comercial actual ^[arriba] -

En el Libro II, Título V, Capítulo II, se hacen referencia a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humanas asistida”.

El art. 560 expresamente hace referencia a la necesidad del consentimiento previo, informado y libre de las personas que hagan uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento puede revocarse mientras no se haya producido la concepción, o como se ha dado en llamar la implantación del embrión.

Aparece aquí, lo que se ha dado en llamar la “voluntad procreacional” como creadora de un vínculo de filiación, que se aparta de las reglas de la naturaleza biológica, dando lugar a la autonomía de la voluntad.

Mi preocupación en relación al tema de la maternidad subrogada, pasa por el niño por nacer.

Todos los antecedentes examinados supra, hacen referencia al procedimiento, a las reglas jurídicas aplicables y las condiciones de quienes intervienen en el mismo.

Entiendo que los adultos, saben qué es lo que quieren y como lo pueden lograr, en este caso ser padres, desafiando -en cierta forma- el valladar biológico que implica la infertilidad de uno o ambos futuros padres.

Sin embargo, teniendo a la vista la letra del art. 562, me pregunto: “¿Quién determina cuál es el interés superior del niño por nacer? ¿Qué parámetros se tendrán en cuenta a este respecto? ¿Qué sucede con el derecho a la identidad que protege la Convención Internacional de los Derechos del Niño? ¿Cuáles son esas razones debidamente fundadas que prevé el art. 564? ¿Podrá verdaderamente lograrse la “reserva” de los datos en los Registros correspondientes?

Tal vez, mis cuestionamientos, están más planteados en la necesidad de saber “quienes somos en realidad”, desde lo filosófico. Me apropio de la piel de un niño, que ha nacido por técnicas de reproducción humana asistida y me pregunto: “¿Quién soy? La psicología distingue la natura de la nurtura, lo heredado y lo adquirido. ¿Soy hijo de quien me dio parte de sus genes? ¿Soy hijo de quien me llevó en su vientre, me alimentó durante nueve meses, formó mis huesos, mi carne, la sangre que circula por mis venas? ¿Soy hijo de quien me tuvo en sus “intenciones”?

“En consecuencia, centrándonos en el niño engendrado, debemos analizar los conceptos esbozados anteriormente con el tema atinente a su derecho a la identidad, que implica su derecho de conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser conciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien no es un medio sino un fin en sí mismo”[3]

4. Conclusión [arriba] -

Considero que una de las mayores inquietudes del ser humano, ha sido siempre: ¿Quién soy? ¿Por qué soy? ¿Por quién soy? De ahí, tantos libros que intenten mostrar al ser humano el camino para encontrarse y autorrealizarse. ¡Cuánto más lo será en este caso!

No podemos soslayar la importancia de la cuestión traída a debate.

Me preocupa la remisión continua a “leyes especiales” que regularán las distintas situaciones no previstas en el Código.

Entiendo que estos problemas, necesitarán un estudio profundo y una discusión abierta con todos los actores sociales, puesto que resulta una cuestión debatible desde el punto de vista jurídico, filosófico, sociológico, moral y religioso.

** Abogada. Prosecretaria de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Provincia de Tierra del Fuego. Docente UCES*

[1] Trabajo: La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Leila Mir Candal.

[2] Art. 1 Ley 14.208: “La presente ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral, de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homologadas y reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación”.

[3] “La maternidad subrogada y el mediatización del ser humano” Guillermina Zabala y María

Victoria Shciro - ISSN 1851-2844 www.centrodefilosofia.org.ar/Investigación y Docencia Nº
38.M a maternidad subrogada en el proyecto de reforma al código civil y comercial: la
identidad del niño nacido