

MATERNIDAD DE SUBSTITUCIÓN

Vera Lúcia Raposo

Centro de Direito Biomédico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.
asodeme@racsaco.cr

RESUMEN

La maternidad de sustitución es el acuerdo por el cual una mujer se vincula a dar a luz entregar a la hija o hijo a terceros, renunciando a todos los derechos sobre el nuevo ser, inclusive a la calificación jurídica de "madre". Este no es un fenómeno nuevo, pero en el pasado el embarazo de la madre de sustitución tenía su origen en el acto sexual. Hoy surge casi sistemáticamente de una técnica científica: la inseminación artificial. Muchos consideran la maternidad de sustitución inmoral. Pero tal argumento, aisladamente considerado, no es suficiente, ya que convierte a la ley en guardián de la moralidad. La moral puede orientar la decisión individual de participar o no en un contrato de sustitución, pero no puede fundamentar prohibiciones legales, cuya función no debe nunca consistir en el amparo de la moralidad, pública o individual.

Palabras claves: maternidad de sustitución, moral, limitaciones.

ABSTRACT

Subrogate maternity is the agreement by which a woman agrees to give birth to a daughter or son, while losing all rights on the new human being, including the legal qualification of "mother". This is not a new phenomenon, but in the past the pregnancy of the subrogate mother originated in sexual intercourse. Today it arises almost systematically from a scientific technique: artificial insemination. Many consider Subrogate maternity immoral. But such argument, considered independently, is not sufficient, because it would turn law into a guardian of morality. Morality can orient individual decision to participate or not in a maternity substitution contract, but it cannot base legal prohibitions, whose function should never be the protection of a particular morality, public or individual.

Key words: maternity of substitution, moral, limitations.

Este artículo corresponde a una comunicación presentada en Murcia, España, en el III Congreso Latinoamericano de Derecho Médico (17 al 20 Septiembre de 2003). El carácter sintético del texto y la ausencia de referencias bibliográficas se debe a que se transcribió una breve comunicación oral, por lo que se sugiere acudir a la literatura indicada al final, para una significativa ampliación del tema.

1. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE MATERNIDAD DE SUBSTITUCIÓN

La maternidad de sustitución es el acuerdo por el cual una mujer se vincula a dar a luz

un hijo y posteriormente entregarlo a terceros, renunciando a todos los derechos sobre el niño, inclusive a la calificación jurídica de "madre".

1.1. De la sustitución tradicional a la sustitución tecnológica

Aunque la maternidad de sustitución no constituye un fenómeno nuevo, su versión tradicional difiere de la actual en la medida en que no atentaba contra los principios de la reproducción humana, ya que en el pasado el embarazo de la madre de sustitución tenía su origen en el acto sexual. Hoy el embarazo de la maternidad de sustitución surge casi sistemáticamente de una técnica científica: la inseminación artificial. Por

tanto, al abordar este tema se cuestiona el concepto tradicional de familia, pero también las propias nociones tradicionales de paternidad y de maternidad se diluyen en la complejidad y avance de las técnicas científicas.

1.2. Crítica de conceptos

Aunque la mujer que engendra hijos para terceras personas se pueda denominar “madre de alquiler”, en Portugal la Propuesta de Ley 135/VII optó por la denominación “madres de sustitución” (al inverso de la legislación española, que la designa de “maternidad subrogada”).

La designación del fenómeno genera consternación. Pues la llamada madre de sustitución es al final la que efectivamente da a luz el niño, por tanto ¿a quien esta substituyendo? Así como el término madre de sustitución sugiere que no es ella la genuina madre, también el término “padres legales” o “padres contratantes” sugiere que no son ellos los verdaderos padres. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, este llamado “padre legal” es frecuentemente el padre biológico del niño.

2. QUIEN PUEDE ACCEDER A LA MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN

¿Podrá un sujeto singular acceder a esta técnica o se exige que sea una pareja? Siendo una pareja, ¿tendrán sus elementos que estar legalmente unidos por el vínculo matrimonial? ¿Podrá ser una pareja homosexual, o sólo los heterosexuales están habilitados?

Las legislaciones que aceptan esta práctica tiendan a restringirla a parejas heterosexuales, en las que la mujer es infértil. Hay casos dudosos de infertilidad, sobre todo la menopausia prematura, o la esterilización voluntaria. Aparte estas situaciones de infertilidad provocada por razones físicas, hemos de añadir infertilidades provocadas por razones psicológicas, tales como la incapacidad psicológica de la mujer para llevar adelante un embarazo, que puede conducir a sucesivos abortos espontáneos. También se podrán añadir perturbaciones psicológicas susceptibles de causar

graves depresiones durante el embarazo, aunque esta hipótesis es más discutible, ya que ni la mujer es físicamente incapaz de procrear, ni el embarazo pondrá en riesgo su vida o la vida del feto.

A estas motivaciones, más o menos legítimas, y todas ellas plausibles, hay que añadir otras más controvertidas, como el caso de la mujer que no quiere comprometer determinada apariencia o estilo de vida.

3. MODALIDADES DE MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN

3.1. Fertilización in Vitro o relación sexual

La maternidad de sustitución puede tener lugar mediante fertilización in Vitro o mediante contacto sexual directo. En la primera hipótesis, el semen puede provenir de un donante o del elemento masculino de la pareja. La segunda hipótesis es poco frecuente.

3.2. Contrato formal o informal

La maternidad de sustitución se puede materializar en un contrato escrito en el que ambas partes (el padre contratante y la madre de sustitución) asumen obligaciones claras y precisas. En la práctica, la madre contratante no figura en el contrato a fin de evitar la acusación del niño ser comprado-vendido. Mas, si la madre de sustitución está casada, su esposo debe figurar en el contrato, o al menos manifestar expresamente su desacuerdo con la inseminación. En caso contrario será considerado, según muchas legislaciones, como el padre del niño. Junto a la vertiente formal, existe una vertiente informal, no contractual, que de regla opera entre personas previamente vinculadas por lazos de amistad o de parentesco.

3.3. Sustitución comercial o altruista

En la sustitución comercial la madre de sustitución recibe una paga por su “servicio” (la gestación del niño). En la altruista nada recibe, excepto el resarcimiento de gastos médicos.

3.4. Madre biológica o madre gestacional

En regla, la madre de sustitución no es solo la madre gestacional, sino también la madre biológica. También puede suceder que sea solamente la madre gestacional. Imaginemos el caso en el que se introduce en su útero óvulos de otra mujer (la mujer de la pareja o una donante), o un embrión formado a partir de esos óvulos.

4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN

4.1. Efectos en el niño

El niño es instrumentalizado para fines que le son ajenos, lo que puede configurar una violación a derechos consagrados en la Declaración sobre los Derechos del Niño, especialmente en los artículos 7.^o (derecho de todo el niño a ser educado por sus padres) y 8.^o (derecho del niño a preservar su identidad, en la cual se incluye la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares).

Todavía, igualmente lesivo para los citados derechos del niño se puede revelar el instituto de la adopción, y nunca fue rechazada por tal motivo.

Pero también hemos de preguntarnos ¿no es en numerosas ocasiones instrumentalizado también el niño que nace en el seno del matrimonio, en condiciones consideradas como normales, para fines que le son extraños, como la salvación de un matrimonio o la realización personal de sus progenitores?

4.2. Efectos en la madre de sustitución

También esta es instrumentalizada al poder ser considerada como una incubadora de fetos. Ya nos es ella quien controla su vida, pero sí los padres contratantes, los cuales deciden sus horarios, su alimentación, los tratamientos a que se debe someter durante los nueve meses. Después del parto, esta mujer sufre una enorme presión psicológica, pues es forzada a entregar un hijo con el cual ha establecido fuertes vínculos emocionales.

4.3. Efectos en la pareja contratante

El deseo de tener un hijo puede ser la última tentativa de salvar un matrimonio. Pero, el tan ansiado hijo no siempre es suficiente, o, si lo es, puede no ser el remedio para la obtención de la felicidad en el medio familiar.

4.4. Efectos en la institución familiar

La maternidad de sustitución pervierte los principios básicos de la institución familiar, y en esta medida atenta contra el interés público en el mantenimiento de la familia. Pero tal institución, al menos tomada en el sentido tradicional, ya no existe. Fue sobrepasada por toda una panoplia de bizarras construcciones familiares, donde constan uniones de facto, padres divorciados, hijastros, padrastros y madrastras, adoptantes y adoptados.

4.5. Efectos en la sociedad

La maternidad de sustitución es fuente de inexpugnables peligros: exploración e instrumentalización de seres humanos. La cuestión es saber si la utilización de nuestras capacidades y de nuestro cuerpo a favor de terceros – el cerebro, los músculos– mediante una remuneración pecuniaria, es un fenómeno tan inusual en nuestra sociedad.

4.6. Cuestiones morales

Se afrontan principios básicos del orden moral, particularmente el principio según el cual todo ser humano tiene valor en sí mismo, y no puede ser utilizado como medio para la realización de fines. Las leyes básicas de nuestra civilización enseñan que las personas no pueden ser evaluadas, ni compradas ni vendidas. Además, la sustitución comercial atenta contra el principio según el cual la familia es un ámbito contrario al del trabajo y del comercio.

Por otra parte, la maternidad de sustitución puede ser rechazada por fomentar la explotación de mujeres desfavorecidas, conduciendo en última instancia a un enorme mercado de niños, donde las mujeres pobres se sienten forzadas a colocar su capacidad reproductiva al servicio de los más adinerados.

4.7. Cuestiones legales

La primera duda legal es el establecimiento de la maternidad del niño así nacido. De aquí deriva otra duda: ¿deberán tales contratos ser legalmente ejecutables?

Si la madre de sustitución accede a entregar el bebe, y los padres legales aún lo desean, no se suscitan problemas jurídicos relevantes. Pero si ambos desean al niño, o si ambos desisten de él (supongamos, por ejemplo, que nace con una anomalía, o que los padres contratantes se divorcian, o fallecen), ¿cuál sería el proceder?

5. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN

5.1. Respeto por la autonomía personal

Si cada persona es libre de disponer de su vida y de utilizar su cuerpo (desde el momento en que no perjudique a terceros), entonces deberá ser libre para realizar sus derechos reproductivos, sea utilizando la capacidad de terceros, sea colocando su capacidad a la disposición de terceros.

5.2. Derecho a la privacidad sensu “privacy”

En los Estados Unidos – donde estas cuestiones han sido más ampliamente debatidas – se invoca el derecho a la *privacy* (mas amplio que el derecho a la privacidad de los ordenamientos jurídicos continentales). La decisión pionera ha sido *Roe v. Wade*.

Pero las insuficiencias de tal derecho para resolver los dilemas de la maternidad de sustitución son evidentes en las decisiones *Griswold*, *Eisenstadt* y *Michael H.*, en las que se estableció que la *privacy* apenas sirve para proteger la familia tradicional. El problema es que la maternidad de sustitución atenta precisamente contra el sentido tradicional de familia. Aunque el derecho a la *privacy* pudiera ser utilizado para incentivar el desarrollo de familias no

tradicionales, ¿cuáles serían sus límites? Una vez que esta decisión incluye una tercera persona (aunque meramente potencial: el feto), ¿hasta donde podrá ir la intromisión del Estado en la autonomía privada de los contratantes?

5.3. Derecho a la reproducción y a constituir familia

¿La libertad reproductiva no pasa de un mero deseo, o será efectivamente un derecho? Siendo un derecho, ¿se sitúa en el plano moral, o en el plano legal? Si es un derecho legal, ¿hasta dónde se puede extender? Aunque sea un derecho legal (quizás deducido del derecho a la constitución de familia) hay que analizar si cubre apenas la reproducción por los medios naturales, o también la reproducción mediante técnicas científicas, y en este caso, si todas las técnicas son admitidas.

5.4. Donación de vida

Las disidencias morales y legales que se suscitan a propósito del aborto o de la eutanasia no surgen en este tema, ya que en tanto que en ambas se extingue una vida, en esta última se crea una nueva, y muy deseada, vida.

6. LA REGLAMENTACIÓN DE LA MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN DE IURE CONSTITUENDO

6.1. Ausencia de reglamentación legal

Esta es la situación vivida en muchos países hasta hoy, entre los cuales se encuentra Portugal.

6.2. Prohibición de todo el tipo de maternidad de sustitución

La prohibición implica la previsión de sanciones civiles, o inclusive penales, para los prevaricadores. Todavía, se corre el riesgo de alimentar un mercado negro de bebes, donde los fetos son negociados sin control ni protección para las personas in causa.

6.3. Prohibición de la maternidad de sustitución de carácter comercial

La distinción de régimen entre la sustitución comercial y la altruista no tiene fundamento suficiente, ya que aquello que a primera vista parece un acto de pura generosidad puede encubrir una coacción aun más fuerte que la presión económica. Ocurre muchas veces entre familiares, en situaciones en que la madre de sustitución depende económica, emocional o legalmente de los padres contratantes, y es totalmente controlada por ellos y por el resto de la familia.

La única diferencia que permanece es la de la cuantificación de la vida humana, que marca necesariamente la sustitución comercial.

6.4. Admisión legal de la maternidad de sustitución

6.4.1. Aplicación de las reglas de adopción

Esta solución tiene la ventaja de aplicar reglas ya bastante perfeccionadas, dada la antigüedad de la institución de la adopción.

6.4.2. Aplicación de las reglas contractuales

Esta corriente de pensamiento equipara la actividad de generar a un hijo a una prestación de servicios como cualquier otra.

Efectivamente, muchos servicios implican una intromisión mas o menos abusiva en el cuerpo humano. ¿No es la prostitución una actividad legal en muchos ordenamientos jurídicos? Se trata de una prestación de servicios de carácter sexual, a cambio de la cual se recibe una cuantía monetaria.

Todavía, la prostitución atenta solamente contra el cuerpo y el bienestar de quien presta el servicio y de quién lo recibe (supongamos que son ambos adultos y la actividad voluntaria). En contrapartida, la maternidad de sustitución ataca la identidad y la dignidad de una tercera y hipotética persona: el feto.

Por otra parte, el servicio prestado en la prostitución se extingue después de la última prestación, al mismo tiempo que en la maternidad de sustitución el “servicio” o el respectivo “resultado” (se es que así se puede jamar) perdura por toda la vida de la prestadora.

6.4.3. Dejar la decisión a la madre de sustitución

Si puede dejar la decisión relativa a la entrega del niño a la madre de sustitución. Todavía, ella nos es la única carente de protección, y así se penaliza los padres contratantes, dejándolos en las manos de la madre de sustitución.

6.4.4. Aceptar libremente todas las modalidades de maternidad de sustitución

Esta solución es demasiado arriesgada, debido al peligro que supone para el hilo más delgado de la cadena contractual: el feto.

7. SOLUCIÓN ADOPTADA: ACEPTAR LA MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN IN TÉRMINOS RESTRICITOS

La admisión legal demanda desde luego un control riguroso, que puede afectar:

- a) al poder judicial;
- b) a consejos especializados, en el seguimiento de los *State Surrogacy Boards* del derecho anglosajón;
- c) a entidades privadas.

Esta solución se caracteriza por reglas estrictas, destinadas a, por una parte, desmotivar la utilización de la maternidad de sustitución, y por otra parte, proteger las partes carentes de protección legal.

Algunas de esas reglas serian:

- i) Prohibición de cualquiera compensación monetaria que sobrepase los gastos médicos;
- ii) La madre de sustitución debe ser objeto de adecuado consejo legal y acompañamiento psicológico durante todo el proceso. Le deberá ser concedido un período de

reflexión a fin de decidir con ponderación si entrega o no el recién nacido;

- iii) A partir del momento en que el poder paternal es transferido para los padres contractuales, estos deben ser automáticamente considerados como padres por la ley, bastando una mera decisión judicial verificadora, sin necesidad de recurrir al lento proceso de adopción;
- iv) El contrato de sustitución no puede ser judicialmente ejecutable, dados los intereses en juego y las prestaciones en causa;
- v) Aunque la madre de sustitución no ceda el niño, el sujeto masculino de la pareja que sea simultáneamente padre biológico tiene derecho a participar en la vida de su hijo. Este conflicto se debe solucionar como si fuera una regulación del poder paternal en caso de divorcio, según el criterio del mejor interés del hijo;
- vi) Si, a la inversa, la madre de sustitución entrega la guardia del niño, ella tiene derecho a que su identidad le sea revelada, y a visitas periódicas legalmente estipuladas;
- vii) Tales reglas solo se aplicarán si la madre de sustitución es simultáneamente madre biológica y gestacional, es decir, cuando el óvulo sea suyo. Pues si el óvulo proviene de la mujer de la pareja (que produce óvulos, pero no tiene útero, o al menos útero capaz de generar a un hijo), la madre de sustitución no tendrá derecho sobre el niño;
- viii) Habiendo terceros – donantes de semen o de óvulos – su anonimato solo se mantiene hasta la mayoría del niño. Es cierto que el derecho a la privacidad es un derecho constitucionalmente protegido. Pero a ese derecho se sobrepone el derecho del niño a acceder a su identidad y a sus raíces biológicas. Este constituirá un fuerte argumento en contra de la donación de gametos.

La inflexibilidad de estas imposiciones pretende disuadir a los diferentes y eventuales participantes en el contrato de tomar parte en un desafío tan costoso emocionalmente y que puede provocar pérdidas irreversibles.

8. CONCLUSIÓN

Muchos consideran la maternidad de sustitución inmoral. Pero tal argumento, aisladamente considerado, no es suficiente, ya que convierte a la ley en guardián de la moralidad. La moral puede orientar la decisión individual de participar o no en un contrato de sustitución, pero no puede fundamentar prohibiciones legales, cuya función no debe nunca consistir en el amparo de la moralidad, pública o individual.

“El texto publicado corresponde a la comunicación presentada en Murcia, en III Congreso Latinoamericano de Derecho Médico (17 al 20 Septiembre de 2003). El carácter sintético del texto y la ausencia de referencias bibliográficas se explica por el hecho de tratarse de una breve comunicación oral. Para ampliación sobre el tema puede acudir a la bibliografía indicada”.

BIBLIOGRAFÍA

1. Atwell, M.W. 2002. *Equal Protection Of The Law. Gender And Justice In The United States*. Peter Lang, Nueva York, Estados Unidos.
2. Blank, R., Merrick, J. 1995. *Human Reproduction, Emerging Technologies, And Conflicting Rights*. A Division Of Congressional Quarterly, Inc., Washington D.C., Estados Unidos.
3. Boling, P. (ed.). 1995. *Expecting Trouble. Surrogacy, Fetal Abuse & New Reproductive Technologies*. Westview Press, San Francisco, Estados Unidos.
4. Dolgin, J.L. 1997. *Defining The Family Law: Law, Technology And Reproduction In An Uneasy Age*. New York University Press, Nueva York, Estados Unidos.
5. Emmerson, G. 1996. *Surrogacy: Born for Another*. Res. Bull. 8.

6. Fenwick, L.B. 1998. *Private Choices, Public Consequences: Reproductive Technology And The New Ethics Of Conception, Pregnancy And The Family*. Dutton, Nueva York, Estados Unidos.
7. Field, M.A. 1990. *Surrogate Motherhood. The Legal And Human Issues*. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos.
8. Oliveira, G. De. 1992. *Mãe há só uma (duas)! (O Contrato de Gestação)*, Coimbra Editora, Coimbra.
9. Rae, S.B. 1994. *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood*, Praeger Westport, Connecticut, Estados Unidos.
10. Tong, R. 1997. *Feminist Approaches To Bioethics. Theoretical Reflections And Practical Applications*. Westview Press, Boulder, Colorado, Estados Unidos.

