

La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil(*), Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 270-499

1

Introducción

El 20 de septiembre de 2016 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, en el expediente caratulado "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/impugnación de filiación", consideró procedente la impugnación de la maternidad respecto de un niño que había sido objeto de un contrato de maternidad subrogada en virtud del cual la mujer que lo dio a luz se había comprometido a entregarlo a los comitentes.

El niño había nacido el 14 de julio de 2014 y el requirente de la subrogación fue un matrimonio de varón y mujer que vive en Córdoba. La mujer no podía quedar embarazada por síndrome de Rokitansky y los requirentes alegaron haber tenido una infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva en Córdoba. Con posterioridad, una persona amiga de los requirentes, con hijos previos, se ofreció como gestante para dar a luz a un niño.

La particularidad del caso, en relación con otras sentencias sobre maternidad subrogada, es que los óvulos no provinieron de la mujer requirente sino de una tercera. Ello marca una diferencia con otros casos, en los que la maternidad determinada por el parto era impugnada en razón del vínculo genético con la mujer requirente. En este caso, la requirente no posee más que la voluntad procreacional, sin vínculo genético ni gestacional con el niño nacido por maternidad subrogada. Los gametos masculinos fueron aportados por el varón que requirió la técnica. Intervino la clínica de fertilidad "H".

En este breve comentario nos proponemos considerar el caso a la luz de cuatro temáticas propias

de la llamada "parte general" del derecho civil: los efectos de la ley con relación al tiempo, la relación entre orden público y autonomía de la voluntad, la nulidad de los actos jurídicos por ilicitud de su objeto y las consecuencias de la nulidad absoluta. No profundizaremos otros problemas de la maternidad subrogada, reiterando nuestra posición crítica sobre esta práctica(1).

2

Los efectos de la ley con relación al tiempo

y la maternidad subrogada

La primera cuestión que emerge de la lectura del fallo es la relativa a los efectos de la ley con relación al tiempo. En efecto, dado que el niño nació el 14 de julio de 2014 y el nuevo Código Civil y Comercial (CCC) entró en vigencia el 1-8-15, la sentencia del 20-9-16 aborda el tema. En este punto, la línea argumental del fallo sigue un doble rumbo: a) hay que aplicar "de inmediato" el nuevo CCC, que incorporó las técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación regida por el principio de la voluntad procreacional; b) debe aplicarse el art. 9º de la ley 26.994, que estableció una norma "retroactiva" (cláusula transitoria tercera) que dispone: "Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta" (corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del CCC). Por ello concluye la sentencia: "En consecuencia, la circunstancia de que el nacimiento del niño y su inscripción en el Registro Nacional de las Personas se hayan producido con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no resulta óbice a la aplicación inmediata de la nueva legislación".

Al respecto, podemos formular las siguientes consideraciones críticas:

* El hecho decisivo que se estaba juzgando era la filiación y ella queda determinada por el momento del parto. De allí que no corresponda la aplicación "inmediata" de las nuevas normas de filiación a una situación ocurrida completamente bajo la vigencia del Código derogado.

* Ciertamente, la cláusula transitoria prevista en el art. 9º de la ley 26.994 es una norma retroactiva y, como tal, puede ser aplicada si el legislador así lo indica. Ello es coherente con los arts. 3º del CC (ley 340) y 7º del CCC, que disponen que las leyes pueden ser retroactivas si el legislador lo decide, pero aclaran que la retroactividad prevista por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. En tal sentido, la aplicación retroactiva de una norma sobre filiación con base en la voluntad procreacional entra en colisión con el derecho a la identidad, que tiene rango constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, de la CN. Consideramos que esa vulneración del derecho a la identidad impedía aplicar retroactivamente la cláusula transitoria.

* Debe advertirse que la maternidad según la cláusula transitoria que se quiere aplicar retroactivamente queda determinada por la persona que da a luz. Entonces, es arbitrario citar una norma solo para una aplicación retroactiva parcial e ignorar sus claras disposiciones que contradicen cualquier procedencia de la impugnación de maternidad. Desde ya aclaramos que la cláusula transitoria merece también otras objeciones, pero no las profundizaremos ahora.

* Igualmente, aunque se aplicara el nuevo CCC en forma retroactiva, nos encontramos con que la maternidad subrogada fue expresamente excluida del CCC durante el debate parlamentario y, por tanto, la maternidad queda firmemente determinada por el parto. Esta regla surge tanto del art. 242 del CC vigente al momento del nacimiento como del nuevo art. 562 del CCC, e incluso de la misma cláusula transitoria que se pretende aplicar en forma retroactiva. Es decir, todas las normas citadas coinciden en que la maternidad queda establecida por la persona que da a luz. En ello no hay diferencias.

En consecuencia, no podía formularse retroactivamente una impugnación de la maternidad con base en la voluntad procreacional o en la cláusula tercera del art. 9º de la ley 26.994.

La relación entre autonomía de la voluntad y orden público en la maternidad subrogada

Una de las características del derecho civil es que el orden público actúa como límite a la autonomía de la voluntad. En el Código Civil (ley 340), el art. 21 era claro al disponer: "Las

convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". Aunque no se refiere al orden público, el art. 953 del CC también ponía límites en cuanto a los alcances de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, en el nuevo CCC son varias las normas que refieren al tema, la más importante es la del art. 12, que dispone: "Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir". También debemos mencionar los arts. 279 (sobre objeto de los actos jurídicos), 386 (sobre nulidad absoluta), 958 (sobre los límites de la libertad de contratación) y 1004 (sobre objeto de los contratos), entre otros.

En este sentido, no puede menos que sorprender que en el fallo que analizamos no se tome en cuenta que las normas sobre filiación son de orden público y no pueden ser dejadas de lado por los particulares, máxime a través de una práctica que no fue prevista por el legislador. En el caso, consta como prueba en el expediente la "copia certificada del acuerdo de voluntades de maternidad subrogada celebrado entre los peticionantes, consignados como "padres procreacionales", y Y. A. G. –"mujer gestante"–, con debido asesoramiento letrado. Del mismo se desprende el consentimiento previo libre e informado entre el matrimonio y la gestante, dejándose constancia que los miembros de la pareja procreacional tienen el deseo de ser padres y la única manera de lograrlo es a través de una transferencia de embriones criopreservados a través de técnicas de fertilización asistida y la gestante, quien acepta llevar el embarazo por aquéllos. Consta que el o los embriones producto de la fertilización in vitro serán transferidos al útero de la gestante, luego de un minucioso estudio y previa aprobación por el Centro Médico donde finalmente se realizó la prestación. También se advierte a la gestante sobre los principales riesgos físicos y psicológicos de este procedimiento. Asimismo figuran en el mentado instrumento todas las indicaciones médicas, de cuidado personal, tratamiento y control para la gestante, quien acepta y autoriza a los profesionales de la Clínica realizar el procedimiento por sustitución firmando cuatro ejemplares con la pertinente certificación notarial de firmas (fs. 119/122)".

En la sentencia que comentamos se afirma: "Cuando uno piensa en un contrato, en la mayoría de los casos asocia a un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales. Ello no es un dato menor, ya que introduce otra arista a la discusión: a la gestante ¿se le paga por un servicio?". Y el fallo sostiene que quienes están en contra de la figura de la "gestación por sustitución" participan de la tesis "contractualista".

Al respecto, ciertamente una corriente interpreta que los contratos tienen necesariamente un contenido patrimonial. Pero no es menos cierto que el "acuerdo de voluntades" que está en estudio en este caso es un "acto jurídico" en los términos del art. 944 del CC o del art. 259 del CCC. Por tanto, aunque no sea un "contrato" en términos técnicos, se trata de un acto jurídico comprendido

por la prohibición de los arts. 953 y 12 del CC. Adviértase que la mujer que va a dar a luz concurre a un acto jurídico para disponer sobre el destino del niño que va a gestar. Además, más allá del hecho de que se afirma que la gestante no recibe contraprestación económica, interviene un centro médico que cobra por todos estos servicios que tienen como objeto a una persona. Y ello es un contrato.

El fallo afirma que la maternidad subrogada no está prohibida ni está legislada. De allí se desprendería que queda un "margen" para acordar por un acto jurídico los términos de esta práctica. Pues bien, cabe advertir que la determinación de la maternidad por el parto sí está legislada en los arts. 242 del CC y 565 del CCC y que son normas de orden público.

En definitiva, creemos que no se ha considerado suficientemente a fondo quiénes son las partes del acto jurídico celebrado, qué derechos están "disponiendo", cuál es el "objeto" del acto y quiénes perciben las prestaciones económicas. Nos formulamos algunas preguntas que quedan sin respuestas: ¿Cómo participa la clínica intermediaria en ese "acuerdo de voluntades"? ¿Qué compromisos asume la gestante? ¿Qué compromisos asumen los requirentes? ¿Qué se dispone sobre la filiación del niño? ¿Qué funciones de garantía asume la clínica intermediaria? ¿Se garantiza un éxito? ¿Se garantiza el éxito en la determinación de la filiación? ¿Cómo se consigna y efectiviza el deber de "entrega" del niño? ¿Cómo se garantiza la entrega? ¿Qué sucede en caso de incumplimiento? ¿La sentencia opera al modo de una homologación del acuerdo de voluntades? ¿Cuál es la diferencia entre este "acto jurídico" celebrado con la intermediación de una clínica y un acto jurídico en el que una madre decidiera entregar en forma directa un niño que fuera a gestar en el futuro a unos requirentes?

Este "acuerdo de voluntades" sobre la gestación de un niño, sobre su entrega y sobre la forma de establecer su filiación violenta las normas de orden público sobre filiación y es sancionado con la nulidad absoluta del acto, a tenor de los artículos que antes hemos mencionado.

Por todo ello, entendemos que el fallo ha omitido considerar las claras normas sobre orden público que vedan a los particulares disponer sobre la filiación de un niño.

de objeto prohibido y sus consecuencias

La sentencia omite considerar la problemática de la nulidad de los actos jurídicos implicados en la causa. En efecto, sostenía el anterior art. 1044 del CC: "Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos". Por su parte, disponía el art. 1047: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación".

En el nuevo CCC encontramos los arts. 386 y 387 referidos al tema: "Art. 386.- Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas. Art. 387.- Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción".

Por supuesto, si el acto jurídico (o contrato) que se ha celebrado en este caso fuera válido, no estamos ante una nulidad absoluta.

Ahora bien, ¿cómo puede ser válido un acto jurídico que tiene por objeto prestacional a un niño que será entregado por su madre al nacer? ¿Cómo puede ser válido si tiene por objeto acordar cómo serán los vínculos filiatorios de una persona humana?

En virtud de las normas transcriptas, el juez debería haber declarado de oficio la nulidad absoluta de los acuerdos sometidos a su consideración y haber dispuesto las mejores medidas de protección del niño en razón de la particular vulnerabilidad en que se encuentra. El juez no podía significar desconocer quién es la mujer que dio a luz y que se establece entre madre y niño un vínculo que signa profundamente la vida de la persona.

Reflexión conclusiva

Habría otros aspectos criticables en torno a la forma en que se está procediendo a legitimar judicialmente los acuerdos de maternidad subrogada. Ciertamente, los jueces enfrentan los casos concretos, con sus matices y urgencias, sobre todo en función de buscar el mejor interés del niño una vez que ha ocurrido un hecho que produjo que los elementos de la identidad queden desalineados (Basset). Sin embargo, creemos que la premura por legitimar los acuerdos de maternidad subrogada revela un retroceso del Estado en una de las materias más fundamentales y básicas de la vida de los niños: su identidad. Estamos ante una tendencia liberal de privatización de la filiación que no refleja los principios fundamentales que responden a la dignidad de la persona humana.

VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - ADOPCIÓN - CAPACIDAD - CÓDIGOS - DERECHO - ESTADO CIVIL - MATRIMONIO - FILIACIÓN - REGISTRO DE LAS PERSONAS - REGISTROS - LEY - PODER LEGISLATIVO - MENORES - REGISTRO CIVIL - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - FAMILIA - PATRIA POTESTAD - ABORTO - DERECHOS HUMANOS - DIVORCIO - ORDEN PÚBLICO - IGLESIA CATÓLICA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Inconstitucionalidad del proyecto de fecundación artificial por violentar la identidad de los niños, por Jorge N. Lafferrière y Leonardo L. Pucheta, ED, 245-115; La maternidad determinada por acuerdo de partes, por Mercedes Ales Uría, ED, 245-1054; Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del óvulo. Rechazo de patentamiento biotecnológico, por Eduardo Martín Quintana, ED, 245-566; Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia, por Analía G. Pastore, ED, 245-50; Derechos en pugna: el derecho a la vida de los embriones crioconservados y la voluntad parental, por Leonardo L. Pucheta, ED, 245-82; Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, Ursula C. Basset y Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 245-72; ¿Qué es la fecundación artificial?, por Virginia Perera, ED, 245-1223; El embrión humano, ¿es un ser humano?, por Siro M. A. De Martini, ED, 245-1130; ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina

sobre la fecundación artificial?, por Silvia Marrama, ED, 245-1251; ¿La ley debería imputar la condición de progenitor del niño al científico o a la pareja que le encargó a éste su generación artificial? (La responsabilidad civil de los científicos en la generación artificial de seres humanos), por Pedro José María Chiesa, ED, 245-1277; La patria potestad y la decisión de transferencia de embriones crioconservados en caso de separación de los padres, por Jorge Nicolás Lafferrière, EDFA, 24/-26; El interés superior del niño "congelado", por Alejandro C. Molina, ED, 246-681; ¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?, por Gabriel Mazzinghi, ED, 248-831; La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto y Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 248-1024; Análisis del proyecto de ley con media sanción sobre técnicas de fecundación artificial, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 248-921; Importante sentencia de la Cámara de Apelaciones de Córdoba en resguardo del derecho fundamental a la inviolabilidad de cada vida humana. Con peculiar precisión, la sentencia delata la infiltración en la cuestión, de violenta estrategia ideológica: la equiparación del embrión humano con la expresión "Unmensch", Catalina Elsa Arias de Ronchietto y Luis María Calandria, ED, diario nº 13.264 del 24-6-13; La maternidad subrogada (gestación por sustitución), por Eduardo A. Sambrizzi, ED, 254-743. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Entre otros, ver Sambrizzi, Eduardo A., La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial, DFyP 2016 (mayo), 9-5-16, 179, AR/DOC/1135/2016; Ales Uría, Mercedes, La maternidad determinada por acuerdo de partes, ED, 245-1054; GalliFiant, María M., Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra, Microjuris, 11-3-13, MJ-DOC-6195-AR | MJD6195; Basset, Ursula, Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?, La Ley, 2-5-16, 6, AR/DOC/1311/2016. Por nuestra parte, tenemos una posición crítica general respecto a la maternidad subrogada y en general a la intermediación técnica en la procreación: Lafferrière, Jorge N. - Viar, Ludmila, Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial, La Ley DFyP 2015 (noviembre), 4-11-15, 220-227, AR/DOC/3193/2015; Lafferrière, Jorge N., Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas, La Ley 21-12-15, 21-12-15, 1, cita online: AR/DOC/4402/2015; Lafferrière, Jorge N., Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas, La Ley, Diario 4-2-15, pág. 1-7.