

Sunčana Roksandić Vidlička¹, Dijana Hrستیć², Zrinka Kirin³

Desafíos bioéticos y legales de la maternidad subrogada en la República de Croacia⁴

ABSTRACT

Surrogate motherhood represents an increasingly common method of human reproduction, which helps overcome successfully the obstacles of infertility. However, surrogate motherhood, due to its imprecise legal regulation and complex nature, entails many controversies. Therefore, the aim of this paper is to determine the need and the necessity for such regulation in Croatia, taking in account the already existing methods of medically assisted reproduction. Given the adequate level of public awareness of acceptability of surrogate motherhood, we propose an appropriate legislative solution, based on a prior comparative analysis of the existing legal regulation in different countries. Due to the fact that surrogate motherhood raises many, not only legal, but also medical and bioethical questions, it was impossible to avoid those aspects of the problem.

¹Asistente de la Cátedra de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Zagreb, expositor del curso Medicina y Ley y consejero académico del Grupo de Protectores de los Derechos del Paciente en Clínica Legal de la Facultad de Derecho en Zagreb

²Bachiller de leyes, Facultad de Leyes, Universidad de Zagreb, estudiante del curso Medicina y Ley en el año académico 2010/2011.

³Bachiller de leyes, Facultad de Derecho, Universidad de Zagreb, estudiante del curso Medicina y Ley en el año académico 2010/2011.

⁴Este artículo está basado en un trabajo de Dijana Hrستیć and Zrinka Kirin, “Interdisciplinary approach to surrogate motherhood- comparative, legislative analysis and proposal of legislative solution in the Republic of Croatia” y fue escrito bajo el tutelaje de mr.sc.Sunčana Roksandić Vidlička. El artículo fue galardonado con el premio del Rectorado Universitario de Zagreb en el año académico 2010/2011 y fue reconocido como tesis por decisión del Consejo de la Facultad de Derecho, Universidad de Zagreb el 13 de Julio del 2011. El artículo es una versión revisada, aggiornada y modificada de uno de sus segmentos. La cuestión de la maternidad subrogada en conjunto con los derechos de reproducción fueron evaluados y examinados durante el curso Medicina y Ley durante el año académico 2010/2011.

RESUMEN

La maternidad subrogada es un método cada vez más utilizado en la reproducción humana, que ayuda a superar satisfactoriamente los obstáculos de la infertilidad. Sin embargo, debido a su imprecisa regulación legal y su compleja naturaleza, este método supone muchas controversias. Por lo tanto, el objetivo de este artículo es determinar la necesidad de implementar regulaciones en Croacia, teniendo en cuenta los métodos de reproducción humana asistida que existen en la actualidad. Considerando el nivel de conciencia social con respecto a la aceptación de la maternidad subrogada, proponemos una solución legislativa apropiada, basada en un previo análisis comparativo de regulaciones legales existentes en otros países. Puesto que la maternidad subrogada provoca cuestionamientos, no sólo legales, sino también médicos y bioéticos, resulta imposible evadir estos aspectos de la problemática.

1. Introducción

1.1 Consideraciones preliminares⁵

“La señora N.P., una mujer de 39 años, junto a su actual marido desde hace 2 años, el señor O.P., y a su hija soltera de 21 años, la señorita R.S., fruto de su primer matrimonio, se acercaron a la clínica “Citycenter IVF”. N.P. explica que ella y O.P. se proponen proveer óvulos y esperma con el fin de llevar adelante una fertilización in vitro y, debido a que N.P. no puede llevar a término un embarazo por razones médicas, R.S. será la madre subrogada encargada de gestar el/los embrión/es. Las leyes locales lo permiten siempre que la madre subrogada tenga 20 años como mínimo, que actúe por su propia voluntad y que no incluya compensación económica excepto la cobertura de los gastos generados. Durante una entrevista personal, R.S. explica que ella quiere que su madre y O.P. tengan un hijo para asegurarse de que se mantengan unidos y sostiene que su embarazo no será “costoso” porque ella está viviendo con N.P. y O.P. mientras dura el último año de su programa universitario.”⁶

El caso mencionado es solamente uno de los numerosos casos de maternidad subrogada que existen en países donde éste es considerado un método común para la reproducción humana. La complejidad de tal procedimiento, que contiene muchas controversias médicas, éticas y legales, puede apreciarse en este caso. Las preguntas que surgen de aquí

⁵Nota: estamos especialmente agradecidos de prof.dr.sc. Hrvoje Vrčić i doc.dr.sc. Ana Borovečki, Facultad de Medicina, Zagreb, los cuales han sido de gran ayuda en la preparación de este artículo con sus profesionales explicaciones.

⁶Dickens, BM, Cook, RJ, Kismodi, E., *Reproductive health- Case studies with ethical commentary*, The UNESCO Chair in Bioethics Office, 2006, case No.25, p. 55. See also the Croatian edition, *Reproduktivno zdravlje- analiza slučajeva s etičkim komentarom (i priložima)*, Unit of UNESCO Chair in Bioethics, Faculty of Law of the University of Zagreb, Turković K., Roksandić Vidlička S., Maršavelski A. (ed.), Zagreb, 2011., p.57.

son de naturaleza problemática y a veces generan respuestas ambiguas. Las preguntas serían las siguientes: *¿Debería el doctor implantar en el útero de la joven el embrión de su madre y su padrastro? ¿Cuál sería el grado y tipo de parentesco entre el niño por nacer por este medio y la mujer que lo dio a luz?* En otras palabras: *¿Implicara la aplicación de la maternidad subrogada vínculos legales entre el niño y la madre sustituta? ¿Es autónoma y voluntaria la decisión de la hija de llevar adelante el embarazo o puede suponerse que fue presionada de alguna forma para hacerlo? ¿Es este tipo de maternidad subrogada completamente altruista o es de carácter comercial ya que inevitablemente implica cierta compensación? ¿Es la ley nacional que regula la maternidad subrogada lo suficientemente clara o contiene algunos vacíos legales? Y ¿Qué caracteriza la implementación de la maternidad subrogada en el estado en cuestión con respecto a su aplicación y realización?*

Sólo algunas preguntas que podrían surgir del caso están aquí planteadas. Estas preguntas son fundamentales para el presente artículo y trataremos de encontrar soluciones aceptables en el marco de la ley.

La ciencia que investiga la reproducción humana es una nueva rama de la medicina. Es en ocasiones llamada "*el milagro post-industrial*" que ha emergido debido a un crecimiento extremadamente rápido de la tecnología de alta complejidad, la bioquímica, la microcirugía y la ingeniería genética.⁷ La maternidad subrogada es un método de reproducción humana en el ámbito de los nuevos avances y logros científicos. Sin embargo, mientras que la ciencia se encuentra en un rápido desarrollo, la ética y las leyes están tratando de mantenerse en buenos términos con ella y establecerle ciertas limitaciones. Específicamente, es necesario proveer, en la mayor extensión posible, un marco para que la humanidad pueda beneficiarse de los avances médicos y prevenir abusos. Es la ley la que provee restricciones normativas, mientras que la ética ofrece restricciones sociales y morales.

La maternidad subrogada es un método de reproducción muy controversial, el cual es objeto de críticas en muchos países, incluyendo la República de Croacia. Por otro lado, en países donde el método está regulado, las respectivas legislaciones no están debidamente reglamentadas con respecto a su aplicación en la práctica.

El propósito del presente artículo es el de brindar respuestas a la pregunta sobre la necesidad de una regulación del método de la maternidad subrogada en La República de Croacia y si tal método sería necesario teniendo en cuenta la existencia de otros métodos de reproducción médicamente asistida. En el caso de que se haya extendido apropiadamente la aceptación pública de la maternidad subrogada, este artículo ofrece las bases de su regulación legal. Estas regulaciones son el resultado de un análisis previo comparativo de las ya existentes legislaciones en otros países. Sin embargo, debido al

⁷Spar, D.L., *The Baby Business: How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 2006, p.17 of Introduction [Spar, D.L., El Negocio del bebé: cómo el dinero, la Ciencia y la Política manejan del Comercio de Concepción]

hecho de que la maternidad subrogada implica muchos interrogantes no solo legales sino también médicos y bioéticos, es imposible evitar tales aspectos de la problemática.

2. Aspectos médicos de la maternidad subrogada

2.1 Trasfondo médico, legal y social de la infertilidad

La maternidad subrogada es uno de los métodos de reproducción que genera varios dilemas éticos y legales. Sin embargo, estos dilemas no pueden ser resueltos sin entender el malestar que genera la infertilidad. La infertilidad es una condición común en parejas jóvenes en la actualidad y representa un obstáculo para concretar su deseo de ser padres. Estadísticas muestran que la infertilidad afecta entre el 10% y el 15 % de las parejas en el mundo y en Croacia la situación es similar.

Según ciertos indicadores del rango de fertilidad, el crecimiento natural en Croacia está decayendo.⁸ El estilo de vida en la actualidad influye enormemente en tal condición ya que el stress es muy común y compromete importantes funciones corporales, generando que la fertilidad sea una preocupación secundaria⁹. La aceleración del ritmo de vida y el retraso en la decisión de ser padres generan cambios en las funciones corporales¹⁰. En la edad donde es más adecuada la reproducción (entre los 18 y 25 años) los jóvenes están concentrados en completar su educación y desarrollar una carrera en vez de ser padres. El deseo de generar descendencia no es la única razón por lo cual las parejas recurren cada vez más a métodos de reproducción médicamente asistida. La presión de la sociedad también influye en la decisión de la pareja sobre el uso de estos métodos, especialmente en culturas donde el hombre infértil es muy discriminado.

La infertilidad es considerada una enfermedad según los parámetros médicos actuales¹¹, por lo tanto, el tratamiento de ella, así como el de otras enfermedades, debe ser provisto para aquellos que la padecen. El cuidado de la salud es un derecho humano y está garantizado por la Constitución de la República de Croacia¹², el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹³, y la Ley de Cuidado de la Salud¹⁴. Sin

⁸Anuario Estadístico de la República de Croacia 2010, Oficina de Estadística de Croacia, ISSN 1333 hasta 3305; pp.110-111.

⁹Como ha señalado por el prof. dr.sc. Hrvoje Vrčić de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Petrova Street, basado en una entrevista realizada por los autores ZK y D. H., como parte de la investigación para este documento.

¹⁰Taub, N., *Surrogacy: A Preferred Treatment for Infertility*, in: Gostin Larry, *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1990, pp. 221-229. [Subrogación : Un tratamiento preferido para la infertilidad en: Gostin Larry , maternidad subrogada , Política y de privacidad]

¹¹"La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de las relaciones sexuales regulares sin protección. " - Zegers - Hochschild , F . , Adamson , GD , de Mouzon , J . , Ishihara , O . , Mansour , R . , Nygren , K . , Sullivan , E . , van der Poel , S . ; El Comité Internacional para la Supervisión asistida Tecnología Reproductiva (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Revisado Glosario sobre ART Terminología ; *Fertility and Sterility* , vol . 92, No. 5, noviembre de 2009.

¹²Véase artículo 59, Gaceta Oficial, N ° 85/10.

¹³Véase artículo 12, Acuerdos Oficial Gazette- Internacionales, N ° 12/1993.

embargo, algunos métodos de reproducción asistida no se encuentran igualmente disponibles para todos. Varios tratamientos están muchas veces limitados por los planes de cobertura legales, los cuales limitan su uso según la situación conyugal de las personas que solicitan dicha ayuda médica. En muchos países, la fertilización médicamente asistida está solo disponible para parejas y no para mujeres que desean criar un hijo solas¹⁵, mientras que el acceso a dichas técnicas está, generalmente, disponible para parejas que no están legalmente casadas.¹⁶

Si bien no hay dudas de la relevancia de los tratamientos de infertilidad desde el punto de vista poblacional, los cuales son importantes para un desarrollo demográfico satisfactorio de cada país, el financiamiento que la sociedad destina para dichos tratamientos son, en muchos casos, limitado. Por lo tanto, el derecho al más alto cuidado de la salud depende de la fuerza económica del país¹⁷ y de la voluntad de proveer tratamientos contra la infertilidad que no arriesguen la vida de las personas. Otro asunto relacionado con los métodos de fertilización asistida es el riesgo de la salud que le supone a una mujer someterse a varios tratamientos hormonales que estimulen la producción de óvulos. El uso de medicamentos que inducen la ovulación puede traer consecuencias para la salud de la mujer y del niño.¹⁸

Lo mencionado anteriormente indica claramente que existen muchos obstáculos médicos, sociales y legales en algunos de los métodos de reproducción médicamente asistida por lo que muchas veces se buscan otras alternativas. En este sentido, la paternidad puede ser consumada a través de un programa de adopción. Sin embargo, muchas parejas desisten rápidamente debido a las formalidades legales y al largo período de tiempo que implica tomar en adopción a un niño y además porque los padres desean continuar su linaje genético¹⁹. Por lo tanto, muchos optan por la maternidad subrogada como método, para evitar los problemas mencionados, o los riesgos médicos, ya que la subrogación parcial o

¹⁴ Véase artículo 3, Gaceta Oficial N ° 150/08 , 4.9 , 153/09 y 71/10

¹⁵La mayoría de los países regulan de esta manera, incluyendo nuestra propia Ley de Reproducción Médicamente Asistida, Oficial Gaceta No.88 / 09., 137/09. Muchos instrumentos internacionales reconocen el derecho del niño que va a nacer en una familia, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Derechos Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶Aún existen restricciones en, por ejemplo, Irlanda, República Checa , Polonia y Turquía.

¹⁷Roksandić Vidlička, S., *Actual issues concerning some criminal offences against the health of people in the light of elaborating draft amendments to the Croatian Criminal Code*, Yearbook of the Croatian Academy of Legal Sciences, Vol. 1, No. 1/2010, especially pp. 93-102. [Cuestiones actuales relativas a ciertos delitos contra la salud de las personas a la luz de la elaboración de un proyecto de enmiendas al Código Penal de Croacia , Anuario de la Academia Croata de Legal Ciencias , vol. . 1, N ° 1/2010, especialmente pp. 93-102]

¹⁸Artículos populares que están a disposición del público a menudo cuentan con textos como: "Un análisis ha determinado que medicamentos de infertilidad y de inducción de la ovulación aumentan significativamente el riesgo de dar a luz a un niño autista, en comparación con las mujeres que no son estériles y no han utilizado medicamentos de inducción de la ovulación ." Tratamiento contra la infertilidad pueden aumentar los riesgos de tener un niño con autismo, <http://www.neplodnost.hr/lanci - v2/opcenito/334-lijecenje - neplodnost - Rizik - autizam.html>, 1 de marzo de 2011.

¹⁹Ver más en el punto "primitivismo genético " en el capítulo 3.3.

natural no requiere la estimulación de los órganos reproductivos femeninos. La maternidad subrogada sería, por lo tanto, una forma de adopción informal controlada celosamente por la voluntad de los padres, totalmente planeada y con la seguridad de un vínculo genético entre el niño y sus dos padres o por lo menos con uno de ellos.²⁰

Debido al carácter específico de la maternidad subrogada como método de reproducción asistida, presentaremos algunos de sus aspectos.

2.2 Formas actuales de maternidad subrogada

El desarrollo de tecnología médica que posibilita la reproducción ha generado muchos métodos que logran los efectos esperados. Sin embargo, muchos de estos métodos modernos, tal como la maternidad subrogada, puede resultar en la separación de los dos roles básico de la madre: la creación de los óvulos que serán fertilizados y la que llevará a cabo el embarazo.

La madre sustituta es una mujer que gesta un bebé después de una satisfactoria inseminación natural o artificial o, en ocasiones, después de la implantación de un embrión²¹ previamente fertilizado in vitro para una pareja infértil (pareja solicitante), basado en un acuerdo pre-embarazo, con la intención de entregar al niño/a a la pareja solicitante la cual adquiere todos los derechos y responsabilidades parentales.

Por lo tanto, la maternidad subrogada puede ser completa o sólo para la gestación: la cual es realizada por medio de una fertilización in vitro usando el esperma y el óvulo de los procreadores. El embrión es transferido en el útero de la madre sustituta generando así un vínculo genético entre los padres y el niño. La otra forma, y la más común, es la maternidad subrogada parcial o tradicional (natural) en la cual la madre subrogada es la madre biológica del niño/a y es realizada a través de un coito natural o por inseminación artificial utilizando la esperma del padre solicitante. La esposa de dicho hombre se convierte en la madre legal del niño.

La maternidad subrogada completa le permite a la pareja infértil tener un hijo biológico que de otra forma no podría tenerlo. Sin embargo, debido a todos los complejos procesos que tanto la madre sustituta y la madre biológica deben someterse, la maternidad subrogada natural o tradicional es más común. La primera forma -la completa- requiere intervención médica para el complejo proceso de fertilización in vitro y la implantación del embrión en el útero²² de la madre sustituta, mientras que la maternidad subrogada tradicional es realizada a través de una forma natural (relaciones sexuales) o por inseminación asistida usando el esperma del padre solicitante.

²⁰Davies, I., *Contracts to bear children*, Journal of Medical Ethics, 11/1985, pp. 61-65. [Contratos para tener hijos].

²¹Cook, R., Day Sclater, S., Kaganas, F.: *Surrogate Motherhood: International perspectives*, Hart publishing, Oxford- Portland Oregon, 2003, p. 1. [Maternidad Subrogada: Perspectivas internacionales]

²²FIV/ET- el método / "test tube baby"

Si el proceso involucra compensación económica para la madre sustituta basada en un acuerdo, esto se denomina maternidad subrogada comercial que, esencialmente, es recibir una compensación por los servicios brindados. Si la compensación en cuestión sólo cubre los gastos durante el embarazo (tratamientos de fertilización, exámenes médicos, gastos durante del embarazo y parto) se denomina maternidad subrogada altruista. Las razones por las cuales una mujer se convierte en madre sustituta son, en este caso, altruistas y no estando motivada por beneficios económicos.²³

Los dilemas éticos inherentes a la maternidad subrogada comercial, son frecuentemente la razón por la que esta está prohibida por las legislaciones vigentes²⁴. El dilema aparece en relación a los derechos que se encuentran comprometidos. Existe la intención de preservar la autonomía personal y el derecho a una libre elección por un lado y la responsabilidad moral más las obligaciones parentales para con el niño por nacer, por el otro.

Es pertinente mencionar el tráfico de órganos que es un problema global en crecimiento. El artículo 175 del Derecho Penal de Croacia²⁵ prohíbe claramente la trata de personas y la esclavitud.²⁶ El problema de explotar a las mujeres de bajos recursos para que “presten” sus órganos reproductivos o para tomar de ellas células reproductivas es un hecho común en la maternidad subrogada comercial. Ellas son donantes vivas y así pueden obtener el dinero necesario para subsistir. Si bien la ley de extraer y trasplantar partes del cuerpo humano con fines médicos²⁷ determina las condiciones de un trasplante, se excluye su aplicación al tejido y a los órganos reproductivos. Estos últimos están regulados por la Ley de Reproducción Médicamente Asistida²⁸, cuyo artículo 14 prohíbe el rédito económico por la donación de óvulos o espermatozoides y el artículo 23 prohíbe el tráfico de gametos. Las penas de estos procedimientos médicos están asentadas en el artículo 242 del Código Penal²⁹ el cual trata de trasplantes ilegales de partes del cuerpo humano³⁰. Teniendo en cuenta que la Ley de Reproducción Médicamente Asistida prohíbe cualquier forma de

²³The division is by Dan R. Reilly in the article: "Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers", Canadian Medical Association Journal, 176/2007, pp.483-485. [La distinción es por Dan R. Reilly en el artículo: "El embarazo subrogado: una guía para los proveedores de salud canadienses en atención prenatal]

²⁴Por ejemplo, Gran Bretaña, Austria, los Países Bajos, Canadá.

²⁵Gaceta Oficial N ° 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.

²⁶Ver más en el tráfico humano y la esclavitud delito en Derecho Penal, Parte Especial, Novoselec P. (ed.), Facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb, Turković, K., pp. 134-139.

²⁷Gaceta Oficial No. 177/04 y 45/09.

²⁸Gaceta Oficial No. 28 88/09 y 137/09.

²⁹Ver más acerca de Derecho Penal, Parte Especial, Novoselec, P. (ed.), Facultad de Derecho, Universidad de Zagreb, Turković, K., pp. 260-265.

³⁰Roksandić Vidlička, S., *Actual issues concerning some criminal offences against the health of people in the light of elaborating draft amendments to the Croatian Criminal Law*, Yearbook of the Croatian Academy of Legal Sciences, Vol. 1, No. 1/2010, pp. 122-129 [Cuestiones actuales relativas a ciertos delitos contra la salud de las personas a la luz de la elaboración del proyecto de enmiendas a la Ley Penal de Croacia, Anuario de la Academia Croata de Ciencias Legales]

maternidad subrogada³¹, las bases para la prohibición del procedimiento comercial de vientre subrogado en particular, deberían buscarse en normativas internacionales.

Así, el artículo 21 del Protocolo Adicional de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Seres Humanos, en referencia a los usos de la biología y la medicina³², define que el cuerpo humano y sus partes no pueden ser una fuente para adquirir ganancias económicas. En consecuencia, sostenemos que llevar adelante un embarazo para otra persona solamente por el fin de obtener una ganancia económica es inmoral y ofende los valores fundamentales de la sociedad democrática, así como también la protección de la mujer a ser explotada y la protección del niño que nacerá de esta forma. La práctica de la autonomía de una sola persona no debe ser dañina para otras o perjudicial para la sociedad en su conjunto. Colocar a las mujeres y a los niños en el mercado deshumaniza a los individuos y abre a la comercialización de los derechos humanos.³³ En consecuencia si la maternidad subrogada fuera legalizada, se debería permitir y regular sólo aquellas altruistas y prohibir la forma comercial. A veces es muy difícil diferenciar entre la maternidad subrogada comercial y la altruista³⁴, sobre todo si la madre sustituta recibe compensación por los tratamientos médicos y por los ingresos que no pudo ganar durante su embarazo y el parto. Por lo tanto, es muy importante que los legisladores regulen las opciones para la compensación de los gastos de forma detallada a través de determinar el límite máximo legalmente aceptable de dicha compensación.

2.3 Métodos para la contratación de la maternidad subrogada.

Las razones por las cuales las parejas recurren a la maternidad subrogada son numerosas. Usualmente se basan en la incapacidad de la mujer de llevar adelante un embarazo a término por condiciones médicas, debido a diferentes procedimientos médicos a los que se han sometido (por ejemplo histerectomía) o enfermedades que causarían que el embarazo o el parto le generen un riesgo de vida. En los casos más severos, los métodos de reproducción asistida disponibles no serían eficaces para lograr que la pareja tenga un hijo y la maternidad subrogada es la única forma para convertirse en padres biológicos. Sin embargo, la maternidad subrogada puede ser utilizada como método estético debido a los efectos negativos que el embarazo tendría en la vida profesional de la madre o en su

³¹El artículo 24 de la Ley de reproducción asistida dice: "Está prohibido el uso de cualquier medio de comunicación pública o de comunicación interna o cualquier otro medio; cualquier medio de comunicación ya sea para solicitar u ofertar que una mujer dé a luz a un niño para otra persona. Está prohibido organizar o llevar a cabo la fecundación médica que resulte en el nacimiento de un niño que pertenezca a otra persona o entregar a un niño que ha nacido luego de un procedimiento de fecundación médica. Todos los contratos o acuerdos/convenios o cualquier otro asunto legar sobre concebir a un niño para otra persona o que se trate sobre un niño que nació luego de fertilización asistida, habiendo mediado una compensación económica o sin ella, son nulos y sin valor."

³²Official Gazette- International Agreements, No. 13/03.

³³Capron, A. M. and Radin, M. J., *Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, in: Gostin, L., *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1990, pp. 62-64. [La elección del Derecho de Familia sobre la Ley de Contrato como paradigma para la maternidad subrogada]

³⁴Así como el ejemplo contenido en este artículo.

apariencia física. Existe una gran cantidad de críticas sobre estas decisiones porque priorizan el confort antes que la concepción y el dar a luz.³⁵

La maternidad subrogada es uno de los métodos de la reproducción médicamente asistida en la cual la madre sustituta puede ser la madre biológica del niño si es inseminada artificialmente con el esperma del hombre de la pareja solicitante. Pero ella no sería la madre genética si se realiza una fertilización in vitro con las células reproductivas de la pareja solicitante y luego el embrión producido es implantado en el útero de la madre subrogada. En dicho proceso, la madre sustituta no provee ningún material genético y ella es solo una “gestadora” del bebé.

La transferencia del embrión al útero de la madre sustituta es realizada entre las 48 y las 72 horas para verificar si el embrión está en condiciones de ser transferido. La verificación es usualmente realizada usando diagnósticos genéticos pre-implantatorios pero dado que estas pruebas son costosas no se realizan en todos los países y la discriminación de los embriones es hecho, preferentemente, a partir de su apariencia visual.³⁶

Los diagnósticos genéticos pre implantatorios o la consultoría genética pueden identificar ciertos defectos genéticos previos a la concepción.³⁷ Removiendo algunas células del embrión es posible detectar anomalías genéticas en los cromosomas con gran certeza pudiendo prevenir la implantación y la concepción de un embrión que resultaría en un niño con enfermedades o discapacidades. Aún con el alto rango de éxito de estos métodos, existe una posibilidad de error que puede llevar a los padres a una decisión errónea sobre la interrupción del embarazo.³⁸

El procedimiento de la fertilización in vitro necesita de un gran número de óvulos que serán fertilizados por fuera del cuerpo de la mujer para poder eliminar los embriones que no son adecuados para la transferencia. Debido al gran número de embriones, algunos nunca serán transferidos al útero. La transferencia de los embriones está limitada por la cantidad y la calidad de los mismos. Debido a las complicaciones que un embarazo múltiple genera, sólo está permitida la transferencia de un número limitado de embriones (usualmente tres). Si alguno de los embriones no son transferidos se congelan en nitrógeno líquido a una temperatura de -196°C. La crio-preservación es utilizada en casos de requerir intentos de embarazo futuro, ya sea porque los embarazos previos han

³⁵Esta opción también es criticada por prof.dr.sc. Ana Borovečki de la Facultad de Medicina de la Universidad en Zagreb y prof.dr.sc. Hrvoje Vrčić de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Petrova Street, datos recolectados en una entrevista realizada por los autores ZK y D. H., con el propósito de escribir este artículo.

³⁶Alinčić, M., Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A., *Family Law*, Official Gazette, Zagreb, 2001, p. 221. [Derecho de Familia, Gaceta Oficial, Zagreb, 2001, p. 221]

³⁷Antenatal screening- pointed out by Dr. Marion Hall in the article *Brave new world- nine months away?*, Journal of Medical Ethics, Vol. 230/1983, No.9.

³⁸Warned by Prof. Joan Bicknell in the article *Brave new world- nine months away?* Journal of Medical Ethics, Vol. 230/1983, No. 9.

fracasado, o bien para realizar diagnósticos genéticos pre implantatorios o para mujeres fértiles que deban someterse a un tratamiento de quimioterapia que conduzca a un desorden genético de sus células reproductivas. Congelar los embriones posibilita su uso posterior sin someter a la mujer a un tratamiento hormonal o procedimientos médicos adicionales (laparoscopia), preservando la calidad del embrión. Generar un excedente de embriones abre la pregunta sobre su almacenamiento. La pareja puede decidir congelarlos para futuros usos, donarlos a otra pareja infértil, otorgarlos para investigaciones científicas o destruirlos.

Sin embargo, congelar los embriones no está permitido en todos los países donde se realizan fertilizaciones in vitro ya que existen dudas sobre si la calidad de los embriones recientes y los congelados es la misma y también debido a los aspectos morales relacionados con el hecho de que esos embriones pueden desarrollarse en personas.³⁹ Por lo tanto, en Croacia el Acta de Reproducción Médicamente Asistida permite congelar las células reproductoras pero no los embriones; en cambio todas las células fertilizadas (no más de tres) son transferidas al útero. La decisión sobre el destino de las células reproductoras depende de su donante, es decir, la persona que otorga dichas células. Sin embargo, si no se llega a una decisión después de haber sido almacenadas por un período de tiempo determinado, las células son destruidas.⁴⁰

Teniendo en cuenta que la maternidad subrogada utiliza los métodos mencionados de fertilización, existen otras dificultades vinculadas con la fertilización in vitro. Los tratamientos hormonales a los que se somete la madre biológica generan una hiperestimulación ovárica para obtener un número suficiente de óvulos a ser utilizados en un solo tratamiento, afectando enormemente al organismo de la mujer.

La madre sustituta usualmente no se somete a tratamientos hormonales, por lo que tales embarazos no son muy diferentes de aquellos típicos producidos a través de fertilización in vitro. Pero el riesgo aún existe para la madre sustituta.⁴¹ En la gestación subrogada, la mujer en cuestión recibe un embrión con cromosomas que son completamente diferentes a los suyos. El cuerpo de la mujer reconoce al embrión como un cuerpo extraño por lo que lo rechaza tempranamente lo que aumenta la posibilidad de la muerte del feto. Existen diferencias en el curso del embarazo iniciado por un proceso de reproducción asistida cuando es comparado con un embarazo concebido de manera espontánea; esto es confirmado por investigaciones controladas.⁴²

³⁹Este es también un tema de especial importancia para el derecho penal, teniendo en cuenta diversos delitos graves, por ejemplo, terminación ilegal de un embarazo (artículo 97), infanticidio (93.), y así sucesivamente.

⁴⁰Artículo 26 de la Ley de reproducción asistida, Gaceta Oficial, N° 88/09 y 137/09.

⁴¹Así lo señala el Prof. Dr. Sc. Hrvoje Vračić de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Petrova Street, basado en una entrevista realizada por Z.K. y DH, llevada a cabo con el propósito de investigación para este documento.

⁴²Smiljan Severinski, N., Mamula, O., Vlašić, H.: "*Pregnancy and delivery outcome after assisted reproductive technology*", *Medicine*, 43/2007, pp. 267-269 [Los resultados del embarazo y el parto después de la tecnología de reproducción asistida]

Ocurren también más a menudo complicaciones y enfermedades durante el embarazo, existe un alto riesgo para el feto debido a la mayor posibilidad de embarazos múltiples como consecuencia de los tratamientos contra la infertilidad y también aumentan las chances de un parto prematuro por cesárea. La mujer embarazada presenta un riesgo más alto, lo que implica un monitoreo mayor.

Estos aspectos médicos⁴³ deben ser tenidos en cuenta a la hora de elegir una forma y un modelo para regular la maternidad subrogada.

2.4 Dificultades desde el punto de vista médico y legal de la maternidad subrogada

El rol del médico es muy importante para proveer asistencia a la pareja infértil cuando ésta decide utilizar la maternidad subrogada como método de reproducción. Las situaciones en las que el médico no sabe cuál es la forma correcta de proceder debido a los vacíos legales y éticos generados por el rápido desarrollo de la ciencia médica, deberían ser evitadas.⁴⁴

La ley debe proveer respuestas a estos interrogantes y dirigir a la ciencia médica en la correcta dirección. La práctica médica, por lo tanto, debe ser tenida en cuenta y los interrogantes que surjan por el avance de la sociedad deben ser abordados.

Si la sociedad croata concibe a la maternidad subrogada como un nuevo método de reproducción, una regulación detallada será necesaria así como también determinar los roles de los médicos y su personal (el proceso de fertilización, acuerdos iniciales de la maternidad subrogada, controles de embarazo y parto, los procedimientos después del último tratamiento médico, tomar una decisión con respeto al cuidado del infante y su estatus legal en la familia, etc.). Antes del tratamiento, el profesional debe examinar las condiciones médicas de la madre sustituta y de la pareja infértil. La examinación incluye evaluaciones físicas y psicológicas para determinar si las personas son adecuadas para el tratamiento pero también para informar de todas las consecuencias y responsabilidades propias de dicho método.⁴⁵ El rol del médico es también importante para controlar el embarazo de la madre sustituta ya que dicho profesional toma las decisiones en el cuidado de la madre y el feto. Pueden ocurrir un conflicto de intereses entre la pareja solicitante y la madre sustituta por lo que el deber de aquel encargado del cuidado de la salud es mantenerse imparcial y no sucumbir ante la presión. Para evitar conflictos y

⁴³Las afirmaciones que pueden ser sostenidas por los autores, licenciados en Derecho, son necesarias para pensar un abordaje interdisciplinario en el afán por resolver las cuestiones de la maternidad subrogada, la cual es apoyada por los autores.

⁴⁴Goldman, B.: "*Infertility giving birth to new problems for doctors and lawyers*", Canadian Medical Association Journal, Vol. 138/1988 [Infertilidad dando a luz a nuevos problemas para los médicos y abogados]

⁴⁵Rothenberg, K., *Surrogacy and the Health Care Professional*, in: Gostin, L., *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1990, pp. 206-215. [Subrogación y los Profesionales del sistema de Salud]

ayudar al médico a tomar decisiones sobre la salud, cada parte debe ser atendida por profesionales diferentes.⁴⁶

El secreto profesional es básico para el médico –las relaciones con los pacientes pueden dificultar la toma de decisiones. ¿Podría el médico revelar información a la pareja solicitante en relación al niño que la madre sustituta está gestando para ellos? ¿En qué medida? La mayoría de los acuerdos incluyen limitaciones del comportamiento de la madre sustituta durante el embarazo. Estas limitaciones prohíben mayormente el consumo de cigarrillos, alcohol y otros narcóticos así como determinan sus visitas al médico para controles del embarazo. ¿Se aplica en estos casos el secreto profesional o al ser más importante preservar la vida y el bienestar de otros –el feto, en este caso- se justifica el levantamiento del secreto? En suma, el acuerdo mencionado no incluye al médico; sólo concierne a la madre sustituta y a la pareja solicitante.

La cuestión de si la madre sustituta puede abortar en caso de cambiar de opinión o si tal decisión también está regulada por el mencionado acuerdo causa mayores dudas. La respuesta fue establecida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en su veredicto por el caso *Roe Vs Wade*⁴⁷ a través de resaltar que es un derecho constitucional el que la mujer pueda tomar decisiones sobre su propio cuerpo. Por lo tanto, una mujer no puede ser privada de tal derecho aún si ella está gestando el hijo de otros y no puede ser forzada a terminar su embarazo a menos que haya razones médicas para hacerlo.

Una cláusula en el acuerdo sobre la maternidad subrogada que establezca la prohibición y/o la obligación de abortar estaría violando la ley de Cuidados de la Salud en el Ejercicio del Derecho de la Libre Decisión de dar a luz⁴⁸ así como también violaría los términos previstos en el Código Penal de Croacia relacionados con los abortos ilegales.⁴⁹

Sin tomar en cuenta todos los aspectos éticos que puedan aparecer en tales casos, la decisión final del médico debe estar basada en los principios de su profesión, las normas de su práctica y en lo que es mejor para el paciente teniendo como prioridad su deseo.⁵⁰

⁴⁶Reilly D., *Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers*, Canadian Medical Association Journal, Vol.176/2007, pp. 483-485. [Embarazo subrogado: una guía para los proveedores de la atención de la salud prenatal canadienses]

⁴⁷410 EE.UU. 113 (1973).

⁴⁸ Artículo 18 de la Ley de Medidas de Cuidado de la Salud para el ejercicio del derecho a la Toma libre de Decisiones Sobre el Dar a luz.

⁴⁹ El artículo 97 del Código Penal.

⁵⁰ Artículo 2, párrafo 1 y 3 del Código de Ética y Deontología Médica, Gaceta Oficial, 47/04, 55/08: "El médico respetará el derecho del paciente, por lo que el bienestar del paciente es su primera y fundamental preocupación. " Respetará los derechos de los pacientes de estar bien informados, capaces mentalmente y conscientes para aceptar o rechazar un médico particular, o la sugerencia de un tratamiento médico. Cuando un paciente es incapaz de tomar una decisión de este tipo, su representante lo hará por él, si el representante no está presente y la decisión no puede retrasarse, el médico utilizará su juicio para aplicar el mejor tratamiento posible."

Los intereses del niño deben ser, obviamente, considerados, por ejemplo deben ser acordes a la condición legal del niño.

El nacimiento de un/a niño/a representa el éxito de los métodos de reproducción asistida. Sin embargo, en las últimas etapas pueden surgir problemas en relación a aceptar al niño que ha nacido según los acuerdos establecidos y ha sido diagnosticado con enfermedades, malformaciones genéticas o discapacidades varias. ¿Desea la pareja solicitante a un hijo a tal punto que son capaces de aceptar un hijo con discapacidades? Los casos en que tales niños son rechazados tanto por la pareja solicitante como por la madre sustituta son comunes. Por lo tanto, es vital llevar a cabo una evaluación psicológica de los padres e informarles debidamente acerca de todos los posibles resultados del método de subrogación.⁵¹

Las prácticas médicas en la actualidad han hecho posible vencer ciertos obstáculos en la procreación de las poblaciones, ya que se eliminan impedimentos evolutivos, permitiendo a dos personas infértiles concebir su propia descendencia, mas allá de su incapacidad procreacional. A pesar de la tendencia del ciclo natural a eliminar los genes ligados a la infertilidad, estos se siguen transfiriendo a las generaciones futuras, que ejercerán sus derechos reproductivos con la asistencia de la ciencia médica.⁵²

Por todo lo establecido anteriormente, es necesario que los avances médicos tengan un adecuado soporte legal y ético. Sin embargo, antes que los aspectos médicos y legales sean regulados detalladamente es necesario resolver las controversias éticas. La regulación de la maternidad subrogada deber ir más allá de los aspectos técnicos y médicos definiendo claramente las condiciones legales del acuerdo, los vínculos permitidos de la maternidad subrogada como una forma de reproducción, el legítimo estatus familiar de un niño nacido de esta forma, determinar claramente las responsabilidades de todas las partes involucradas y establecer las multas por no respetar tales acuerdos.

3. La maternidad subrogada desde el punto de vista ético

Se han producido increíbles progresos en la asistencia a parejas que luchan contra la infertilidad; la fertilización in Vitro, que era sólo una idea décadas atrás, con resultados poco satisfactorios, es hoy en día un procedimiento de rutina, y generalmente la única opción viable para futuros padres en la realización de su deseo por descendencia.

⁵¹Un modelo de este tipo, con una preparación minuciosa tanto de la pareja solicitante como de la madre sustituta funciona en los Países Bajos. Para más detalles ver: Dermout S., Van den Wiel H., Heintz P., Jansen K., Ankum W., *Non Commercial Surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy*, from 1997-2004, Human Reproduction, Vol.25/2010, pp. 443-449.

⁵²Señalado por el prof. dr. sc. Ana Borovečki, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zagreb, basado en una entrevista realizada con el propósito de investigación para este documento.

Es sin embargo importante investigar las otras aristas del progreso médico, especialmente desde el punto de vista ético. En este capítulo analizaremos la fertilización in Vitro desde el punto de vista ético, teniendo en mente que la reproducción humana asistida es el instrumento para los procesos de subrogación, pero también serán analizados aquí los alcances éticos de estos procedimientos.

3.1. La naturaleza de la fertilización in Vitro desde el punto de vista ético

Las controversias éticas que se erigen en relación a los procedimientos de reproducción médicamente asistida deben ser analizadas ya que la maternidad subrogada es posible también de esta manera. Especialmente cuando está en juego la manipulación de embriones; deben poder darse respuestas claras a preguntas como ¿cuándo comienza la vida humana? ¿Es posible congelar las células sexuales (gametos) o los embriones? ¿Su transferencia a la madre o a la madre sustituta está permitida? ¿Hasta cuándo puede realizarse? Nuestros ciudadanos consideran que la reproducción médicamente asistida es un modo de procreación justificado y aceptable.⁵³ La ética católica, sin embargo, considera esta cuestión desde un ángulo diferente, y básicamente no justifica ninguna intervención médica en los procesos de procreación humana.⁵⁴ Concretamente, el procedimiento de fertilización in Vitro que viene a sustituir la relación sexual interfiere con la noción de que “*el nacimiento es el resultado de un acto de amor entre los esposos.*”⁵⁵

Las críticas a los métodos de fertilización in Vitro alcanzan incluso al argumento de que la vida humana creada en el proceso de reproducción médicamente asistida puede considerarse como “el fruto de la fabricación en laboratorio”⁵⁶ porque más allá del hecho que el niño nacido con la ayuda de la fertilización in Vitro, no es fruto de una relación sexual entre los padres, su concepción y nacimiento involucra terceras partes, principalmente a especialistas en fertilización in Vitro.

⁵³Los resultados del proyecto de investigación *Identidad Cristiana y Calidad de vida Conyugal y Familiar* llevado a cabo por Suzana Vuletić (p.232) muestra que el 75.5% de los encuestados acepta los tratamientos de reproducción medicamente asistida en caso de infertilidad en la pareja (muestra de 1200 encuestados)

⁵⁴Ibíd: “La iglesia entiende el dolor de las parejas infértiles y entiende su deseo de generar descendencia, pero este deseo por sí sólo no puede justificar la «producción» de descendencia a “la orden”, por medio de los servicios de la “todopoderosa medicina reproductiva”. Esta medicina permite que el proceso de nacimiento humano sea burocratizado, tratando a la vida humana como un producto o como un resultado de una operación técnica.”- p.238.

⁵⁵Vuletić, S., *Moral evaluation of research of the value dimensions of sexuality and related issues of marital and family life*, p.239. This view is shared by Antun Lisec (in the article in Croatian Focus, http://www.hrvatski-fokus.hr/index.php?option=com_content&view=article&id=727:crkva-zabranjuje-umjetneoplodnje&catid=14:drustvo&Itemid=24), Ivan Kešina (“*Ethical and moral aspects of human procreation*”), pope Pius XII (4th International Congress of Catholic Doctors), pope John XXIII (Encyclical “*Mater et Magistra*”), pope Paul VI (Encyclical “*Humanae Vitae*”), and Tonči Matulić (“*Human life-Endangered Value*”).

⁵⁶Matulić, T., *Human life – Endangered Value*, Theological Review, 2001, p. 427; this term is also mentioned by other authors (D. Tettamanzi, P. Ramsey).

Mientras que nos enfrentamos, por un lado a las actitudes restrictivas del clero, por otro lado existe un grupo ético-médico de expertos que sostiene que los procedimientos de fertilización in Vitro están justificados desde un punto de vista médico. Esta opinión es compartida por Peter Singer, fundador del Centro de Bioética Humana, el primer centro de investigación australiano dedicado a bioética. Singer y Deana Wells apoyan la concepción⁵⁷ de que los métodos de fertilización in Vitro, que genera embriones congelados deben estar éticamente justificados por razones médicas. Es decir, debido a un posible sangrado de la mujer sometida a procedimientos de reproducción médicamente asistida, la implantación del embrión no sería posible. Si el congelamiento embrionario está prohibido en determinados estados, el paciente tendrá que someterse a una laparoscopia cada vez, y las laparoscopias posteriores pueden no producir un material genético tan satisfactorio como la primera. Por lo tanto, la pregunta que surge es: la prohibición del congelamiento embrionario, actualmente vigente en Croacia, ¿no es totalmente desalentadora para parejas que no tienen otra opción distinta de la reproducción médicamente asistida para convertirse en padres?

3.3 El aspecto (no) ético de la maternidad subrogada

En la introducción de la sección destinada a la ética de la maternidad subrogada, hemos señalado sus controversias, no sólo en relación a los métodos, sino también a su naturaleza intrínseca. Fueron señalados los puntos de vista que consideran que la maternidad subrogada es actualmente la compra de niños que devalúa la vida humana. Encabeza la lista el hecho de que la relación entre la madre sustituta y su hijo biológico sigue siendo incierta (poco clara), así como también su rol en la vida futura del niño. Algunos investigadores consideran que el concepto de familia tradicional se está perdiendo (la idea de matrimonio está siendo trasgredida, por ejemplo la relación entre la madre sustituta y su pareja, pero también en la pareja solicitante, en particular en el caso del modelo tradicional de maternidad subrogada, donde el bagaje genético del niño es compartido con la madre sustituta y el padre aportante, y no tiene una relación biológica con la esposa legítima del padre biológico). También hay puntos de vista que consideran ética y naturalmente inaceptable que una mujer dé a luz un niño para entregarlo a otras personas. Estas preguntas, entre otras, requieren respuestas no sólo desde los especialistas (eticistas), sino de la sociedad en general.

La encíclica del Papa Juan Pablo II dedicada a la investigación biomédica y las técnicas reproductivas⁵⁸ contiene varias objeciones dedicadas a la maternidad subrogada que claramente señalan los aspectos poco éticos de esta práctica.⁵⁹ La encíclica sostiene que

⁵⁷Singer, P. and Wells, D., *In vitro fertilization – the major issues*, Journal of Medical Ethics, Vol. 9/1983, pp. 192-195.

⁵⁸Donum vitae – *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation*, February 22 1987.

⁵⁹“La maternidad subrogada es un error objetivo en lo que respecta a las obligaciones de amor maternal, la fidelidad conyugal y la maternidad responsable; insulta la dignidad y el derecho del niño a ser concebido,

un niño nacido con la ayuda de los procedimientos de reproducción médicamente asistida construye su identidad más trabajosamente, porque su nacimiento está más allá del alcance del matrimonio, y la relación con sus padres es poco clara.⁶⁰

Ana Borovečki considera a la maternidad subrogada como un “primitivismo genético” porque los seres humanos poseen una consciencia inherente a la prolongación del linaje y el deseo de generar descendencia, que limita la posibilidad de la adopción dado que las parejas infértiles la utilizan como última opción, sólo cuando la fertilización in Vitro y la maternidad subrogada no han dado resultado.⁶¹

Una de las cuestiones más importantes de la maternidad subrogada es seguramente la compensación económica⁶², es decir el pago de una determinada cantidad de dinero a la madre sustituta por el servicio de llevar a término el embarazo. Ha sido señalado que es éticamente inaceptable que un niño sea fruto de una transacción económica. El niño nace no como un deseo de la madre sustituta, sino para alcanzar un rédito económico. Bhimji⁶³ ha encontrado una tesis contraria a esta perspectiva señalando que la cuestión no es si la madre sustituta espera al niño con amor o no, siempre y cuando haya una pareja que desee nada menos que ser padres de ese niño y lo amen desde el momento de la concepción.⁶⁴

Bhimji establece una comparación muy interesante entre la maternidad subrogada y la adopción, afirmando que el efecto de los vínculos cercanos entre la madre sustituta y el niño (su hijo biológico) es a menudo descuidado, no analizando el posible trauma de la madre que entrega el niño a los adoptantes. Bhimji concretamente sostiene que el vínculo emocional entre la madre biológica y el niño es muy fuerte, y que la maternidad subrogada es antinatural e inmoral porque violentamente “rompe” ese vínculo. Pero ¿no es la misma situación cuando una madre entrega a un recién nacido, y por cualquier razón, no quiere al niño y lo da en adopción? ¿No se trata aquí también de un “quiebre” violento del vínculo? Por último, ¿por qué sólo una de estas situaciones está sujeta a la crítica, es decir la maternidad subrogada, mientras que la adopción es regulada legalmente en todo el mundo?⁶⁵

parido y criado por sus padres.”- señala Ivan Kešina en el artículo *Ethical and moral aspects of human procreation*, Part 1, Vol.31/1996, No.3, p.142.

⁶⁰“Un niño tiene derecho a ser concebido, llevado en el vientre, traído al mundo, y criado dentro del matrimonio: es a través de la relación segura y reconocida con sus propios padres que el niño puede descubrir su propia identidad y lograr su adecuado desarrollo humano.” Encíclica *Donum vitae*, del Papa Juan Pablo II.

⁶¹Opinión emitida durante la entrevista realizada por A. Borovečki a los autores DH y ZK.

⁶²Maternidad subrogada comercial.

⁶³Bhimji, S., *Womb for rent: ethical aspects of surrogate motherhood*, CMAI, Vol. 137/1987.

⁶⁴Ibíd. p. 1134- “¿Por qué estaría mal si la madre sustituta no desea al niño en sí mismo, y hay una pareja que espera ansiosamente convertirse en padres de ese niño?”

⁶⁵“Hasta la fecha, se han realizado pocas investigaciones sobre los lazos psicológicos y emocionales que unen al niño con la mujer que lo dio a luz, y el trauma que podría ocasionar la separación. Si continuamos

3.4 Conclusiones en bioética y maternidad subrogada

Cabe destacar que los valores de la bioética son indispensables para el estudio interdisciplinario de cuestiones relativas a la medicina de avanzada. Sin embargo, estos valores cambian con el tiempo y requieren nuevas respuestas. La ética, por tanto, no es estática, sino dinámica y cambia a través del tiempo, varía, no es definitiva. Por lo tanto algo que hoy es controvertido y éticamente inaceptable, puede estar justificado y ser aceptado en el futuro. Por otro lado, la ética no es ni universal ni igual en todas las partes del mundo. Incluso no utilizamos los términos exactos que son idénticos en todas partes, sino más bien, hay varios puntos de vista y opiniones que difieren de estado a estado. A pesar de estas diferencias, existe un consenso sobre ciertas cuestiones. Ese es también el caso aquí.

El objetivo de este capítulo es el de señalar algunos dilemas bioéticos importantes, para tratar de encontrar alguna resolución, en lugar de promover actitudes concretas sobre los elementos bioéticos controvertidos de la maternidad subrogada. Un enfoque serio, metódico y multidisciplinario sobre estas cuestiones es el primer paso básico que debemos dar cuando nos acercamos al análisis de la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que es imposible crear un todo perfectamente claro y sin controversias. El logro en calidad ética y aceptabilidad moral de un fenómeno que ocurre en la realidad es un objetivo imposible, pero uno debería esforzarse por mantener la obscuridad y la controversia reducida al nivel más bajo posible.

4. Relaciones familiares y maternidad subrogada

No hay duda de que la regulación de la maternidad subrogada en un Estado resulta en cambios en el área del derecho de familia. Es decir, los cambios tecnológicos que posibilitan la reproducción humana han introducido nuevas formas de reproducción médicamente asistida, que hacen peligrar la noción de familia tradicional. Por lo tanto es necesario que el niño sepa su origen biológico⁶⁶ y que le sea provisto cuidado parental⁶⁷, al igual que sucede con el niño adoptado, quien por otra parte cuenta con el derecho a conocer sus orígenes por ley.⁶⁸ Por esta razón en particular, las normas que rigen el

permitiendo la adopción, difícilmente podamos prohibir la maternidad subrogada sobre esta argumentación”- Shamir B., *Womb for rent: ethical aspects of surrogate motherhood*, CMAI, Vol. 137/1987, p. 1134.

⁶⁶El derecho a saber la verdad sobre el origen biológico es subrayado por Dubravka Hrabar en *Legal scope of medical insemination in Croatia* [El alcance legal de la inseminación médica en Croacia] *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, Vol.60/2010, pp.415-442.

⁶⁷Artículo 7, Parágrafo 1 de la Convención de los derechos del niño -Convention on Child rights- UN (1989): “El niño debería ser inscripto inmediatamente luego del nacimiento; debe tener el derecho de nacimiento a un nombre, el derecho de adquirir una nacionalidad, y tanto como sea posible, el derecho de conocer y ser cuidado por sus padres.”

⁶⁸Artículo 124, Parágrafos 1 & 2 de la Ley de Derecho de Familia, *Official Gazette* No. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07- “Durante el procedimiento de adopción, el Centro de Bienestar Social informará a los adoptantes el derecho del niño a saber que ha sido adoptado. El Centro de Bienestar Social aconseja a los

reconocimiento de la paternidad o su negación deben ser claramente definidas, y el cambio debe ser tratado con sumo cuidado.

Más adelante en el texto se explicarán las cuestiones y la complejidad de la relación entre las partes que están directa o indirectamente involucradas en la maternidad subrogada. Como así también serán introducidos los puntos de vista del Consejo Europeo sobre maternidad subrogada, junto con los cambios legislativos necesarios en relación al derecho de familia en Croacia.

La maternidad subrogada crea una multitud de complejas relaciones humanas, que la convierten en la forma más compleja de reproducción. Dependiendo del tipo de maternidad subrogada, el número de individuos involucrados en el acuerdo de subrogación puede incluir hasta cinco personas directamente involucradas. Esto crea una relación entre la madre sustituta y la pareja solicitante, una relación entre la madre sustituta y su pareja, una relación entre un hombre donante y una mujer, como así también el vínculo con el niño nacido en el marco de este acuerdo. Más allá de las personas que participan directamente en este proceso, hay otras personas indirectamente involucradas en estas nuevas conformaciones relacionales. Se incluyen los niños de la madre sustituta, la familia de la madre sustituta y las parejas solicitantes; amigos y conocidos, que son también afectados por la maternidad subrogada, aunque no estén directamente involucrados. Sobre todo porque la regulación de la maternidad subrogada podría tener consecuencias negativas en la relación entre la mujer y su empleador; el empleador puede alentar a sus empleados a que utilicen la maternidad subrogada si quieren conservar sus trabajos, porque así no utilizarían la licencia por enfermedad, ni las licencias por maternidad y/o paternidad. Los empleadores podrían incluso otorgarles a sus empleados un seguro médico adicional que cubriría los gastos de la maternidad subrogada, los que serían incluso menores que las licencias por enfermedad o maternidad/paternidad, donde los empleadores persiguen claramente sus interés.⁶⁹

4.1 Principios que regulan el derecho de familia en los casos de maternidad subrogada

El Comité de expertos en derecho de familia del Consejo Europeo ha concebido en 2006 el llamado "White paper" [Libro Blanco] –un documento que define los principios del derecho parental a ser utilizado como guía para los Estados miembros.⁷⁰

El Comité ha señalado que el interés superior del niño debería ser de suma importancia para la interpretación de los siguientes principios⁷¹. La disposición establece que el interés

padres decirle al niño que fue adoptado al momento de los 7 años, a más tardar, y si es mayor, inmediatamente después del proceso de adopción."

⁶⁹Field, M., *Surrogate motherhood – the legal and moral issues*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990, pp.30-31.

⁷⁰Informe sobre principios relativos al establecimiento y consecuencias legales de la filiación. "The White Paper", Estrasburgo, 2006.

superior del niño supone establecer la filiación desde el momento del nacimiento, dándole así estabilidad en el tiempo.

Por otra parte, una de las disposiciones del “libro blanco” señala que el objetivo de todos los Estados es el de crear un equilibrio entre la llamada “verdad biológica”, es decir la filiación genética o biológica, y la “paternidad social”, que define con quien vive el niño y quien se hace cargo de su cuidado.⁷² En nuestra opinión, este equilibrio, en los casos de niños nacidos por medio de la maternidad subrogada es posibilitado por la pareja solicitante, porque ellos están obligados a cuidar al niño y cumplir con el rol de “padres sociales”, compartiendo también la filiación biológica (al menos del lado paterno).

El Comité de expertos en derecho de familia del Consejo Europeo reconoce la existencia de regulaciones de la maternidad subrogada en algunos estados europeos⁷³, y sugiere modelos concretos para definir cuestiones claves en relación a la transferencia del derecho parental. El Comité señala que el principio fundamental de la transferencia de la filiación legal desde la madre sustituta a la pareja solicitante debe ser el interés superior del niño. El “libro blanco” establece las siguientes disposiciones relativas a la maternidad subrogada que han de ser reconocidas por el Estado, en caso que decida regularla:

- a) Cualquier contrato entre la madre sustituta y la persona o la pareja solicitante para la cual ella lleva adelante el embarazo debería ser inaplicable (inejecutable)
- b) Sin embargo, los Estados pueden, en casos excepcionales establecidos por su legislación nacional, proveer –respetando debidamente el punto a) de este principio, que un médico o una institución procedan a la fertilización de una madre sustituta por medio de técnicas de procreación artificiales, siempre que:
 - b.1. la madre sustituta no obtenga ningún beneficio material de la operación;
 - b.2. la madre sustituta cuente con la posibilidad de conservar el niño/a al nacer.

En relación a esto, el Comité afirma que cualquier contrato que involucre el nacimiento del niño y la obligación de dar el niño a otra persona no afecta la presunción de maternidad, ni los derechos filiatorios de la madre sustituta al momento del nacimiento

⁷¹ Subsección 9 del documento denominado «*White Paper*»: "Para la interpretación y aplicación de los siguientes principios, el interés superior del niño debe ser la consideración primera. A este respecto, cabe destacar que es parte del interés superior del niño, ante todo, el establecimiento de la filiación desde el momento del nacimiento, y en segundo lugar, brindarle estabilidad en el tiempo a la filiación así establecida." La importancia del interés superior del niño es remarcado en la Convención Europea para el Ejercicio de los Derechos del niño del Consejo Europeo y de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño.

⁷² Subsección 11 del documento denominado «*White Paper*».

⁷³ Por ejemplo Reino Unido, Países Bajos, Bélgica, Finlandia.

del niño.⁷⁴ Esta disposición es necesaria para que el niño tenga al momento de nacer al menos una filiación asegurada.

Las disposiciones que permiten la maternidad subrogada de modo altruista (no comercial) y la posibilidad de la madre sustituta de conservar al niño reconocen estas tendencias de la legislación en maternidad subrogada en la mayoría de los estados. Estas disposiciones persiguen el interés superior del niño que será cumplido en primer lugar si el niño es entregado a la pareja solicitante, y luego si es conservado por la madre sustituta, porque tendrá al menos uno de los padres.

4.2 La presunción de maternidad en el contexto de vientre subrogado

De acuerdo con las disposiciones vigentes que regulan la presunción de maternidad⁷⁵ en el Acta de Derecho de Familia⁷⁶, la madre sustituta debería ser considerada como madre legítima del niño, aun cuando no exista una conexión biológica con este.⁷⁷ La presunción de maternidad debería, en nuestra opinión, permanecer sin cambios, pero de acuerdo a disposiciones similares que regulan la filiación del niño concebido con asistencia médica, debería contemplar una regulación especial para el caso de filiación de la pareja solicitante provista por el Derecho de Familia, cuando la concepción y nacimiento del niño haya sido producto de un acuerdo de maternidad subrogada. La presunción de paternidad⁷⁸ también debería permanecer intacta en los casos en que la madre sustituta este casada. Los cambios en derecho de familia deben prever, junto con la adopción, otra forma de transferencia de la patria potestad en los casos de maternidad subrogada, donde la decisión final debe ser tomada por la corte (con el consentimiento de la madre sustituta) para asegurar que el acuerdo respete el interés superior del niño. Basados en esto, la ley debería permitir el ingreso de la pareja solicitante como padres legales en el registro de nacimiento.

5. Legislación de la maternidad subrogada – modelos de gobierno

La legislación en materia de maternidad subrogada es un tema complejo. Primero porque se debe tomar en consideración los logros actuales en medicina con respecto a las técnicas de reproducción y la práctica contemporánea que es aplicada en esta área, pero también debería ser coherente con los aspectos éticos involucrados. En otras palabras, la ley debería jugar ni un papel revolucionario ni uno reaccionario, porque esta área debe ser cuidadosamente regulada, luego de haber examinado detenidamente todos los aspectos

⁷⁴ Subsección 14 del documento denominado «*White Paper*».

⁷⁵ Artículo 53 de la Ley de Derecho de Familia, *Official Gazette*, No.116/03, 17/04, 136/04, 107/07

⁷⁶ *Official Gazette* No. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07.

⁷⁷ Alinčić, M., Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A., *Family Law*, Official Gazette, Zagreb, 2001, p.221

⁷⁸ Artículo 54 la Ley de Derecho de Familia, *Official Gazette*, No. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07.

de la cuestión en el ámbito del comportamiento socialmente aceptable.⁷⁹ La solución menos aceptable es la de ignorar el desarrollo de los métodos de reproducción, especialmente si están permitidos en un número creciente de estados.⁸⁰

5.1 Modelos marco en legislación sobre maternidad subrogada

a) El modelo de lujo⁸¹

Un enfoque posible en la legislación sobre maternidad subrogada es el modelo donde esta forma de reproducción humana se lleva a cabo de acuerdo con los mecanismos del mercado, bajo los mismos principios de la compra y venta de mercancías de lujo. Sin embargo, debido a las implicancias morales de la forma comercial de la maternidad subrogada⁸², como así también de los requerimientos específicos del acuerdo de subrogación, consideramos que este modelo es totalmente inaceptable como punto de partida para la regulación de este método.

b) El modelo de la cocaína⁸³

Una de las posibilidades para el legislador es la de prohibir las prácticas de maternidad subrogada. Pero a menudo, esto conduce a que la transferencia de esta forma de reproducción sea “clandestina” o que se realice por medio del mercado negro.⁸⁴ Sin importar cuál sea la legislación de un determinado Estado, las parejas que desean tener un niño biológico viajaran a otro Estado donde la maternidad subrogada esté regulada legamente para realizarse todos los procedimientos médicos necesarios. Por lo tanto, sigue siendo cuestionable si la prohibición de la maternidad subrogada detendría de hecho esta práctica. Muy por el contrario, podría conducir a un incremento de la trata de personas (es decir, de madres sustitutas), como hemos puntualizado anteriormente.

c) El modelo del riñón⁸⁵

La tercera opción sería la de someter la práctica de la maternidad subrogada al modelo de regulación de la donación de órganos⁸⁶; la donación y el trasplante de órganos es regulado

⁷⁹ Winslade, W., *Surrogate motherhood: private right or public wrong* [Maternidad subrogada: derecho privado o mal public], *Journal of medical ethics*, Vol. 7/1981, p.153.

⁸⁰ El público es a menudo influenciado por los artículos del diario, por ejemplo, si bien en nuestro país está prohibido, Goran e Ivana Višnjić dos croatas bien conocidas, concibieron a su hijo gracias a un procedimiento de maternidad subrogada. *Morning Newspaper*, July 13, 2011.

⁸¹ *The luxury model* – the title was used by Spar, D., in the book *The Baby Business: How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 2006, pp. 217-224.

⁸² Vease la sección 5.5.1 naturaleza jurídica del acuerdo de maternidad subrogada.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ *The kidney model* – the title was used by Spar, D., in the book *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 2006, pp.217-224.

⁸⁶ *Ibidem*

por los artículos de una ley especial.⁸⁷ Concretamente, la mayoría de los estados prohíben la venta de órganos humanos.⁸⁸ Lo mismo debería aplicarse para la venta comercial de la maternidad subrogada, que sólo estaría permitida si no se incluye un reembolso económico.⁸⁹ Este modelo está basado principalmente en la jerarquía de la gravedad del problema médico, en lugar del mecanismo de libre mercado. El beneficio estaría dado para aquellas parejas que presentan problemas graves en su salud reproductiva, y que muy probablemente no tengan otra manera de concebir un niño de no ser por la asistencia de la maternidad subrogada.

5.2 Panorama de la legislación en maternidad subrogada: un análisis comparativo.

La regulación legislativa de la subrogación difiere en los países que la consideran legal. Con la finalidad de estudiar los posibles caminos de desarrollo de la legislación en Croacia, se propone un análisis de los modelos básicos de la legislación respecto de la maternidad subrogada. Desde ya, vinculado a la necesidad de introducir nuevas formas de procreación, es decir la realización de los derechos⁹⁰ de libertad procreativa debido a la iniciativa de la opinión pública y el surgimiento del debate general.

5.2.1. La prohibición de la maternidad subrogada

En este acercamiento a la regulación sobre la maternidad subrogada se consideran tanto su prohibición por completo como la prohibición de algunas de sus formas específicas. Frecuentemente la maternidad subrogada comercial se prohíbe debido a los dilemas morales previamente mencionados, esto se puede observar tanto en el Reino Unido⁹¹, Canadá⁹² y Australia. La prohibición usualmente prescribe sanciones en caso de que el acuerdo de maternidad subrogada se cierre, se implemente o se habilite⁹³. La legislación ha optado por un abordaje prohibitivo (Acta de la reproducción medicamente asistida)⁹⁴, garantizando disposiciones prohibitivas⁹⁵ en caso de que el artículo 24 del Acta no se

⁸⁷ En Croacia, la ley en cuestión es la que regula las Condiciones para la extracción y el trasplante de partes del cuerpo humano con fines terapéuticos, *Official Gazette*, No. 177/04, 45/09.

⁸⁸ La venta de órganos humanos, así como la trata de personas, está prohibido en Croacia, como esta previsto en los artículos 242 y 175 de la Ley de Derecho Penal, *Official Gazette* No. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/0.

⁸⁹ Para más información sobre los reembolsos aceptables en los casos de donación de órganos ver Roksandić, S., *ibid*, pp. 125 - 126

⁹⁰ Sobre la diferencia entre el derecho a exigir (*claim right*) y derechos de libertad (*liberty rights*) ver Robertson A. John, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, 1994.

⁹¹ Ley de acuerdo de subrogación (1985). Podemos decir que se trata, de hecho, de la legislación sobre maternidad subrogada vigente en el Reino Unido. La legislación de Embriología y Fertilización Humana modificada (1990) también regula esta cuestión.

⁹² La legislación sobre Reproducción Humana Asistida (2004)

⁹³ Cook, R., Day Sclater, S., Kaganas, F.: *Surrogate Motherhood: International perspectives*, Hart publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003, p.24.

⁹⁴ *Official Gazette* No. 88/09 and 137/09

⁹⁵ Artículo 50: "La entidad legal será multada en la cantidad de 70.000,00 a 250.000,00 kuna si: (...) 18.

Solicita u ofrece mujeres para concebir niños para terceras personas, o contratos que supongan tratamientos

respete. En caso de que un Estado opte para la regulación de la maternidad subrogada prohibiendo esta forma de reproducción, dependerá de los intereses más predominantes en dicha sociedad.

5.2.2. La no-legislación de la maternidad subrogada

Otra solución legislativa posible para la regulación de la maternidad subrogada es “no legislarla”. Esta solución representa una actitud dominante en los Estados que, a través de esta actitud de no-regulación generan una resistencia pasiva frente a este método de reproducción.

Esta visión se origina en el temor de que la legislación significaría un estímulo oficial para la aceptación de la maternidad subrogada. Los Estados niegan su apoyo a la maternidad subrogada a través de la no implementación del acuerdo por un lado y, por otro lado, a través de la ausencia de reglas específicas en relación a la transferencia de responsabilidad parental en este contexto.⁹⁶ Esta forma de no-regulación es adoptada en algunos lugares de Estados Unidos⁹⁷, Nueva Zelanda e Irlanda.⁹⁸

5.2.3. Legislación sobre la maternidad subrogada

Se requiere un mayor enfoque en una legislación detallada para el caso de la maternidad subrogada que prescriba limitaciones legales a la concreción e implementación de los contratos. Estas limitaciones están vinculadas sobre todo a la edad, el estado civil, estado físico y psicológico de la pareja, se imponen a su vez ciertas limitaciones tanto a la mujer que desea devenir madre como a la madre sustituta. Las leyes que avalan la maternidad subrogada se sirven de modelos de formularios similares a los de la adopción. Soluciones de este tipo son adoptadas por el Reino Unido, Israel, y los estados de Virginia, Florida y New Hampshire.

5.2.4. Libertad de contratación en la maternidad subrogada

Por último, se permite a las partes la libre determinación de los derechos y obligaciones resultantes del acuerdo de maternidad subrogada. Estas regulaciones no requieren de la licencia expedida por la autoridad competente respecto de la aplicación de la maternidad subrogada, pero hay ciertos lineamientos guía que refieren a los requisitos que deben ser cumplidos por ambas partes. Sin embargo, en ciertos sistemas, aquellos que son más liberales respecto de la maternidad subrogada, predicen limitaciones legales con el fin de

de fertilización médica para terceros, o si el niño nacido luego de un proceso de fertilización es entregado.” (Artículo 24 Sección 1 y 2)

⁹⁶ Cook, R., Day Sclater, S., Kaganas, F.: *Surrogate Motherhood: International perspectives*, Hart publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003, p.23.

⁹⁷ Por ejemplo Nueva Jersey, Arizona, Nueva York, Michigan.

⁹⁸ Scott Skills, E., Healy, C., *Building Irish Families Through Surrogacy: Medical and Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies*, Reproductive health, Vol.5/2008.

proteger los derechos de aquellos que se ven involucrados en estos acuerdos. Aparentemente esta aproximación reduce significativamente la posibilidad de las autoridades estatales de intervenir en las relaciones privadas entre individuos, pero a la vez alienta, casi incondicionalmente, la implementación de acuerdos realizados bajo la rúbrica de las leyes del libre mercado.

5.3. Sugerencias legislativas respecto de la maternidad subrogada en la República de Croacia

En caso que la actitud de legislación croata cambiara, reconociendo a la maternidad subrogada como una nueva vía para formar una familia, consideramos que el enfoque prohibitivo en la regulación debería ser sustituido por el modelo de regulación legislativa detallado. A partir de un análisis comparativo de distintos sistemas que regulan legislativamente la maternidad subrogada, consideramos que el modelo holandés de maternidad subrogada no comercial⁹⁹ debería ser adoptado y ajustado al sistema legal croata.

5.3.1. El modelo holandés de maternidad subrogada

El modelo holandés de maternidad subrogada fue creado como resultado de un proyecto piloto llevado adelante en el primer Centro Holandés de subrogación través de fertilización in vitro en el período 1997-2004 bajo parámetros estrictamente determinados.¹⁰⁰ A partir de una investigación exitosamente conducida, se llegó a la conclusión de que la aceptación de la maternidad subrogada altruista¹⁰¹, bajo condiciones bien definidas, puede dar lugar a resultados muy positivos tanto para la pareja solicitante como para la madre subrogada. El elemento clave para el éxito fue un amplio estudio de las partes en todos los aspectos - médicos, psicológicos, y legales - vinculados a la maternidad subrogada.

La Sociedad Holandesa de Ginecología y Obstetricia¹⁰² provee de directrices para la implementación de la maternidad subrogada, bajo las cuales las clínicas de fertilización in vitro determinan los protocolos de enfoque. Las condiciones que deben cumplirse son las siguientes: debe haber una razón médica para la maternidad subrogada (una mujer será considerada candidata apropiada en el caso de no poder llevar un embarazo a término debido a disfunciones uterinas o en el caso de que el embarazo represente un riesgo de

⁹⁹ Dermout, S., Van den Wiel, H., Heintz, P., Jansen, K., Ankum, W., *Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997-2004*, Human Reproduction, Vol. 25/2010, pp. 443-449

¹⁰⁰ La Declaración de regulación de FIV -fertilización in vitro- fue promovida en 1997. Permite la maternidad subrogada altruista en los Países Bajos; sin embargo, una regulación específica para la transferencia de los derechos parentales en los casos de subrogación no se introdujo como parte del derecho de familia holandés.

¹⁰¹ La subrogación comercial se introdujo como una violación en el artículo 151b del Código Penal holandés.

¹⁰² VONK, M., *Maternity for Another: A Double Dutch Approach*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 14.3/2010.

salud); una mujer que quiera ser aceptada como madre sustituta debe ser sana, sin historia obstétrica problemática. Se requiere a su vez que la madre sustituta haya dado a luz a por lo menos un niño/a, que su(s) embarazos hayan transcurrido sin anormalidades. Todos los participantes deben ser correctamente informados acerca del procedimiento.

5.3.2 El éxito del proyecto de maternidad subrogada en los Países Bajos.

Luego que los análisis fueran completados, de un total de 500 candidatos que aplicaron para la maternidad subrogada, 24 parejas llevaron adelante un proceso de maternidad subrogada, como resultado del cual nacieron 16 niños, 7 varones y 9 mujeres (11 mujeres que completaron un programa de fertilización in vitro no concibieron). Todos los niños nacieron sanos, excepto por una niña que nació con malformación genéticas graves. Es importante señalar que todos los niños fueron adoptados de acuerdo a los procedimientos legales y que no hubo problemas con la adopción de la niña que nació con malformaciones, previamente mencionada. La razón que explica el éxito del programa holandés es el extensivo e intensivo programa de *screening* que preparó a los padres frente a la posibilidad de que el niño naciera con alguna discapacidad.

Basándonos en esto es que podemos concluir que aprobar la maternidad subrogada altruista puede ayudar a cumplir los deseos de la pareja solicitante de diversas formas, a la vez que puede ayudar a la madre subrogada a tomar conciencia de su impulso altruista. Si la maternidad subrogada fuera adoptada en su forma altruista, en centros específicamente destinados a este propósito, y como última instancia de un tratamiento contra la infertilidad, prevendría a las parejas respecto de viajar a otros países para ser padres, o frente a la adopción de medidas ilegales.

El modelo holandés demostró que una regulación precisa del proceso de subrogación y su implementación práctica adecuada puede satisfacer las necesidades de los individuos a la vez que preservar el interés público. Por esta razón consideramos que la regulación precisa de la maternidad subrogada en Croacia, sobre todo a partir de la modificación del Acta de Reproducción Medicamente Asistida y de la Ley de Derecho de Familia, sería una solución satisfactoria para lograr tratamientos de la infertilidad más comprensivos.

5.4. Acuerdo de subrogación.

A pesar de que la transferencia de los derechos parentales, a menos que la madre sustituta cambie de opinión y decida quedarse con el niño, debe basarse en una decisión judicial, sería necesario un acuerdo entre la madre sustituta y la pareja solicitante. A través de éste se acordarían exhaustivamente los detalles del embarazo de la madre sustituta, y los gastos necesarios para compensarla. El propósito de este acuerdo es determinar las obligaciones de las partes, es decir de la madre sustituta y de la pareja.

5.5. Conclusiones respecto del aspecto legal de la maternidad subrogada.

Como hemos visto, la regulación legislativa de la maternidad subrogada no es tarea sencilla para los legisladores. La complejidad de las relaciones sociales y la incapacidad de la ley para ser pragmática en casos como este son los principales motivos que desalientan a un país a tomar estas iniciativas. Los expertos de la Asociación Roda¹⁰³ (Stork) son de la misma opinión; creen que no hay controversias éticas significativas en lo que respecta a la maternidad subrogada altruista, pero el problema que persiste es cómo cubrir legalmente todas las posibles situaciones que pueden presentarse cuando se trata de maternidad subrogada. La Asociación considera que la maternidad subrogada es “de igual valor y de igual estimación ética que todos los otros tratamientos médicos de la infertilidad ampliamente utilizados, siempre que no se abuse de ella. Pero, con una regulación legislativa adecuada, el riesgo debería ser aceptable.” Los expertos añaden que “es necesaria cualquier tipo de asistencia a los ciudadanos en la concreción de sus derechos reproductivos y es un derecho del Estado proveerla.”¹⁰⁴

La Asociación Roda señala a su vez que existe la necesidad de este método de reproducción en Croacia, sin embargo, en tanto nuestro país no permita procedimientos médicos estandarizados en el campo de la reproducción humana (tales como la congelación de embriones y la fertilización de más de tres óvulos), una discusión en torno a la posibilidad de regular este método de procreación (la maternidad subrogada) significaría un freno a la regulación de todo el conjunto de los procedimientos de reproducción medicamente asistidos, que por otra parte, ya es considerablemente restrictiva.¹⁰⁵

6. Conclusión

En nuestros tiempos hay numerosos métodos de reproducción accesibles a aquellas parejas que se encuentran luchando contra la infertilidad. Una forma de devenir padres, muy compleja y muchas veces inaccesible, es a través de la ayuda de una madre sustituta (a pesar de que este método ha sido utilizado desde tiempos antiguos). Se puede decir que uno de los primeros casos documentados de maternidad subrogada es mencionado en la biblia¹⁰⁶, por ejemplo en el caso de la sirvienta de Sarah y Abraham, quien dio a luz a su hijo. Este caso representa un ejemplo de maternidad subrogada parcial, en la que sólo el hombre de la pareja está genéticamente ligado al niño, y la madre sustituta es la madre biológica. Sin embargo, el avance acelerado de las técnicas médicas da lugar a otras formas de subrogación, como la subrogación completa, en la que tanto el hombre como la mujer de la pareja solicitante son los padres biológicos del niño, mientras que la madre

¹⁰³ Las opiniones de los expertos de la ONG Roda (Padres en Acción) fueron recogidas en una entrevista realizada por los autores DH y ZK como parte de la investigación para este artículo.

¹⁰⁴ ibídem

¹⁰⁵ ibídem

¹⁰⁶ La Biblia, el Antiguo Testamento, el Pentateuco, el Libro del Génesis, el Principio del Pueblo Elegido de Dios: el nacimiento de Ismael (16,1-16,15) y la esposa de Jacob (30,1-30,13).

sustituta es un mediador para la gestación y nacimiento de este. Debido a la complejidad y lo inexplorado de algunas áreas en relación a este tema, se hace necesario un examen minucioso de cada aspecto de la maternidad subrogada, sobre todo lo vinculado a los aspectos médicos, éticos y legales.

Los dilemas bioéticos asociados a la maternidad subrogada son, por un lado, aquellos que se refieren a la técnica utilizada en el proceso, a saber, los métodos de reproducción medicamente asistida, y por otro lado, aquellos relacionados con la esencia misma de la subrogación. Las técnicas de reproducción asistida violan el curso natural del proceso de obtención de descendencia dado que excluyen el acto de amor, es decir la unión (extra) marital. Todo el proceso es de naturaleza mecánica, en tanto se reduce a la intervención del médico en la reproducción de la pareja. Por sobre esto, la subrogación es, según algunos especialistas en ética, en esencia controversial, ya que el objetivo del embarazo es sólo para entregar el niño a la pareja solicitante. A su vez, el “primitivismo genético” de las parejas es criticado, dado que insisten en tener un niño con el que estén genéticamente emparentados. Nuestra opinión es que estas controversias éticas podrían clarificarse en una discusión pública, la que precedería la posible regulación de la maternidad subrogada, pero sólo en su forma altruista, mientras que la maternidad subrogada comercial, es decir la que involucra el pago a la madre sustituta, debería estar prohibida, o en el caso de la República de Croacia, permanecer prohibida.

La maternidad subrogada implica cierta complejidad en la relación entre las personas involucradas; por lo tanto es importante, antes de concluir cualquier arreglo de maternidad subrogada explicar las posibles complicaciones del procedimiento a todos aquellos involucrados, informar tanto acerca de los aspectos positivos como de los negativos, hacerlos saber cuáles son sus derechos y responsabilidades, prepararlos para los posibles resultados del proceso, incluso los indeseados. Con esta finalidad, todos los involucrados serán sujetos a pruebas y evaluaciones psicológicas, las cuales deben ser necesariamente introducidas en la regulación de la subrogación. En el centro de estas complejas relaciones hay un niño. Dado que es incapaz de ocuparse de sus propios derechos, es importante proteger el interés superior del niño incluso antes de la concepción. El interés superior del niño incluye tanto la salud física como mental, el derecho a conocer su origen biológico, y el asegurar su futuro a través de los cuidados parentales necesarios. En el caso de que hubiese un conflicto entre la pareja y la madre subrogada, por ejemplo en el caso de que ésta quiera quedarse con el niño, la corte debe decidir de acuerdo al interés superior del niño. Por lo tanto, la regulación legislativa de la maternidad subrogada debe anticiparse al surgimiento de tales conflictos, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo Europeo, cuyo postulado es siempre el interés superior del niño.

Algunos países que han regulado la maternidad subrogada en sus legislaciones son el Reino Unido, Israel, Ucrania, Australia, India, los Países Bajos, algunos estados de los Estados Unidos (por ejemplo Virginia, New Hampshire y Florida), etc. Sin embargo, las

soluciones legislativas son diferentes en varios puntos. Basándonos en un análisis comparativo de varios sistemas hemos llegado a la conclusión de que el modelo de maternidad subrogada holandés es el más apropiado para la regulación en la República de Croacia. En relación a esto, los cambios normativos a realizarse en la legislación croata deberían estar en relación a la modificación de la Ley de Reproducción medicamente asistida y la Ley de Derecho de Familia. La primera actualmente prohíbe cualquier tipo de maternidad subrogada; consecuentemente, sus correcciones deberían concentrarse en la aceptación de la forma altruista del método, a la vez que debería prohibir estrictamente la forma comercial del mismo. La regulación debería contemplar el proceso de subrogación en su completud, incluyendo tanto el momento previo al nacimiento del niño, como el momento posterior. Por otro lado, las enmiendas de la Ley de Derecho de Familia no deberían modificar la presunción de maternidad, es decir que la madre que da a luz (madre sustituta) sería la madre legal del niño. Sin embargo, la ley debería incluir otra posibilidad de transferencia de derechos parentales, distinta de la adopción, para aquellos casos en los que la pareja solicitante recibe un niño a través de la ayuda de una madre sustituta. Esta disposición legal representaría las bases de la transferencia de derechos parentales de la madre sustituta a la pareja, basada en una decisión judicial que debería sostener la protección del interés superior del niño.

La ley de Derecho de Familia debería a su vez prever la posibilidad de celebrar un acuerdo de subrogación entre las partes. El objetivo de este acuerdo no sería la transferencia de derechos parentales, lo que debería ocurrir, como ya lo hemos señalado, en base a una decisión de la corte. Retomando, el propósito del acuerdo debería ser el poder lograr que las partes atravesen el proceso satisfactoriamente, con tan pocas dificultades y obstáculos como sea posible. En consecuencia, el acuerdo debería regular los detalles de la concepción, el embarazo y el parto.

Este artículo muestra que es posible regular la maternidad subrogada en Croacia si fuera necesario. Aquí se proponen únicamente cambios macro para los cambios que deberían sucederse; es decir, se determina la dirección principal en la que debería dirigirse la legislación. Si la regulación se efectivizara, debería ser tan precisa y exacta como fuera posible, con el objetivo de minimizar el mal uso de este procedimiento. Hacemos énfasis en que el objeto de la maternidad subrogada normativamente regulada debería ser, en nuestra opinión, la introducción de la posibilidad de tener un descendiente biológico sólo para aquellas parejas que representan un caso médico en el que no existe ninguna otra posibilidad de tener un hijo. Además enfatizamos que sólo la forma altruista de este método debería ser permitida, no así la forma comercial, en línea con la legislación de otros países así como con las recomendaciones de organizaciones internacionales. Una discusión completa, precisa, profesional e interdisciplinaria, en la que, con mucha precaución, todos los componentes de la maternidad subrogada fueran tratados, debería sin lugar a dudas preceder a toda regulación posible.

Evitar la regulación legislativa de este método, cuando el mismo es ampliamente aceptado en otros países, conduciría a la inseguridad jurídica y podría causar un abuso de las madres sustitutas,¹⁰⁷ así como de las parejas solicitantes que son vulnerables y siempre sujeta a influencias, lo que en definitiva no está en línea con el interés superior del niño por nacer.

Traducción de Natacha Salomé Lima, Federico Ignacio Pena y Francisco Reos

REFERENCES / REFERENCIAS

a) Books and articles

1. Alinčić M., Bakarić-Abramović A., Hrabar D., Jakovac-Lozić D., Korać A., The Family Law, Official Gazette, Zagreb, 2001.
2. Bhimji, S., Womb for rent: ethical aspects of surrogate motherhood, Canadian Medical Association Journal, Vol.137/1987.
3. The Bible, Old Testament, The Pentateuch, The Book of Genesis, The Beginning of God's Chosen People: The Birth of Ishmael (16,1-16,15) and Jacob's Wife (30,1-30,13).
4. Cook, R., Day Sclater, S., Kaganas, F.: Surrogate Motherhood: International perspectives, Hart publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.
5. Davies, I., Contracts to bear children, Journal of Medical Ethics, Vol. 11/1985.
6. Dermout S., Van den Wiel H., Heintz P., Jansen K., Ankum W., Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997-2004, Human Reproduction, Vol. 25/2010.
7. Dickens, B. M., Cook, R. J., Kismodi, E., Reproductive health – Case studies with ethical commentary, The UNESCO Chair in Bioethics Office, 2006, Case No. 25.
8. Field, M. A., Surrogate Motherhood – the legal and human issues, expanded edition, Harvard University Press, Boston, Massachusetts, 1990.
9. Goldman, B., Infertility giving birth to new problems for doctors and lawyers, Canadian Medical Association Journal, Vol. 138/1988.

¹⁰⁷ En casos extremos, incluso de trata de personas, se las ha utilizado como madres sustitutas.

10. Gostin L. (ed.), *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1990.
11. Hrabar, D., *Legal scope of medical insemination in Croatia*, *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, Vol. 60/2010.
12. John Paul II: *Encyclical Donum vitae*, 22. February 1987.
13. Kešina, I., *Ethical and moral aspects of human procreation, Part I*, *Church in the World*, Vol. 31/1996, No. 3.
14. Matulić, T., *Human life – Endangered Value*, *Theological Review*, Vol. 71/2002, No. 2-3.
15. Novoselec P. (ed.), *Criminal Law-Special Part*, Faculty of Law, University of Zagreb, 1997.
16. Reilly, D., *Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers*, *Canadian Medical Association Journal*, Vol. 176/2007.
17. *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage – "The White Paper"*, Strasbourg, 2006.
18. Robertson A. John, *Children of Choice, Freedom and the new reproductive technologies*, Princeton University press, 1994.
19. Roksandić Vidlička, S., *Actual issues concerning some criminal offences against the health of people in the light of elaborating draft amendments to the Croatian Criminal Code*, *Yearbook of the Croatian Academy of Legal Sciences*, Vol. 1, No. 1/2010, pp. 93-145.
20. Scott Skills, E., Healy, C., *Building Irish families through surrogacy: medical and judicial issues for the advanced reproductive technologies*, *Reproductive Health*, Vol. 5/2008.
21. Shamir B., *Womb for rent: ethical aspects of surrogate motherhood*, *CMAI*, Vol. 137/1987.
22. Singer, P., Wells, D., *In vitro fertilisation: the major issues*, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 9/1983.
23. Smiljan Severinski, N., Mamula, O., Vlašić, H.: *"Pregnancy and delivery outcome after assisted reproductive technology"*, *Medicine*, 43/2007.
24. Spar, D. L., *The Baby Business – How money, commerce and science drive the commerce of conception*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 2006

25. Statistical Yearbook of the Republic of Croatia 2010, Croatian Bureau of Statistics.
26. Thornton, J.G., McNamara H.M., Montague, I.A., Would you rather be a "birth" or a "genetic" mother? If so, how much?, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 20/1994.
27. Turković K. in Novoselec P. (ed.), *Criminal Law-Special Part*, Faculty of Law, University of Zagreb, 2001., pp. 134-139, 260-265.
28. Turković K., Roksandić Vidlička S., Maršavelski A. (ed.), *Reproductive health – Case studies with ethical commentary*, Unit of UNESCO Chair in Bioethics, Faculty of Law of the University of Zagreb, Zagreb, 2011.
29. Vonk, M., *Maternity for another: A double Dutch Approach*, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.3/2010.
30. Vuletić, S., *Moral evaluation of research of the value dimensions of sexuality and related issues of marital and family life*, *Church in the World*, Vol. 45/2010, No. 2
31. Winslade, W. J, *Surrogate motherhood – private right or public wrong*, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 7/1981.
32. Zegers-Hochschild, F., Adamson, G. D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., Sullivan, E., van der Poel, S. ; *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organisation (WHO) Revised Glossary on ART Terminology; Fertility and Sterility*, Vol. 92, No. 5, November, 2009.

b) Sources

1. Criminal Code, Official Gazette No.110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.
2. Code of Medical Ethics and Deontology, Official Gazette No. 47/04, 55/08.
3. UN Convention on the Rights of the Child, Official Gazette – International Agreements No. 12/93
4. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Official Gazette - International Agreements No. 12/1993.
5. Family Law Act, Official Gazette No.116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11.

6. Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage - The White Paper, Committee of Experts on Family Law, Council of Europe, Strasbourg, 2006.
7. The Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette No. 85/10.
8. Law on Medically – Assisted Reproduction, Official Gazette No. 88/09, 137/09.
9. Act of Conditions for Removal and Transplantation of Human Body Parts for Therapeutic Purposes, Official Gazette No. 177/04, 45/09.
10. Law on Health Care Measures for the Exercising of the Right to Free Decision – Making About Giving Birth, Official Gazette No. 18/78, 88/09.
11. Law on Health Care, Official Gazette No. 150/08, 71/10 and 139/10.
12. Surrogacy Arrangements Act (1985), UK.
13. The amended Human Fertilisation and Embryology Act 1990, UK.
14. The Assisted Human Reproduction Act (2004), Canada.
15. IVF Regulation Statement, 1997, the Netherlands.
16. Dutch Criminal Code, Article 151b. Verdict Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), Supreme Court USA

c) Newspaper and online articles

1. It is forbidden in our country: Goran and Ivana Višnjić are first well- known Croats whose child was borne by a surrogate mother, Morning Newspaper, July 13, 2011.
2. Infertility treatments may increase the risks of having a child with autism, <http://www.neplodnost.hr/lanci-v2/openito/334-lijeenje-neplodnost-rizik-autizam.html>, March 01, 2011.
3. http://www.hrvatski-fokus.hr/index.php?option=com_content&view=article&id=727:crkvazabranjuje-umjetne-oplodnje&catid=14:drustvo&Itemid=24, February 15, 2011.