

**XVI JORNADAS Y
VI INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2020
Corrientes -
Argentina

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina / Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.115



ISBN Nº 978-987-619-372-6

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

MATERNIDAD SUBROGADA UNA REALIDAD QUE NECESITA REGULACIÓN LEGISLATIVA URGENTE

Cima, Carmen T.

cimateresita@gmail.com

Thomas Cima, María G.

mariagabrielathomas@hotmail.com

Resumen

Los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación (B. O. 08/10/14) en materia de familia, han dejado un vacío significativo en lo referente a filiación, olvidando legislar sobre una realidad que avanza a pasos agigantados, cual es, la maternidad subrogada. Estamos ante normas de orden público, y pretorianamente, se ha tratado de dar solución a cuestiones planteadas en los estrados judiciales sobre la maternidad del niño que nace de una mujer gestante que no es la madre biológica, en atención a lo preceptuado por el art.562 del citado Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras claves: Filiación, Silencio normativo, Menores.

Introducción

Año a año, se incluyen en los programas de estudio de la Facultad de Derecho, la “enseñanza de otras formas de concepción de la persona humana”. Y en la realidad, se hace referencia a la ley 26.862 (Sancionada: 05 Junio 2013. Promulgada de Hecho: 25 Junio de 2013), que no reglamenta los procedimientos médicos y las diversas técnicas de la fertilización in vitro, sino que asegura el acceso a ellos, con la asistencia obligatoria de las obras sociales. Argentina, está huérfana de un marco legal regulatorio de esta actividad médica, que en la realidad se viene perpetrando. El Congreso, ha desistido de tratar las técnicas de procreación artificial. Además, otra realidad con la que están lidiando los jueces es la de la maternidad subrogada, lo dispuesto por el art.12 del Código Civil y Comercial de la Nación, y la filiación del nacido mediante esta práctica. Y un tema no menor, es el trazado por el art.26 -último párrafo- de la mencionada normativa Civil, según el cual, una menor de 16 años, al ser considerada adulta respecto al cuidado de su cuerpo, tendría legalmente facultades para gestar un hijo ajeno.

Materiales y método

Lo más importante que se tuvo en cuenta al investigar, es la realidad del planteo, ya que al no haber legislación, los fallos favorables, son importantísimos y muy numerosos, por lo que la “maternidad subrogada” es hasta ahora una creación pretoriana. Asimismo, es vasta la doctrina tanto a favor como en contra de la cuestión. La libertad del ser humano en la toma de decisiones, ha llegado a tal protagonismo en el mundo contemporáneo, que se ha consagrado en un derecho, y en el caso que nos ocupa, en el derecho al hijo, pero esa libertad debe concebirse en armonía insoluble con la verdad y el bien objetivo.

Resultados y discusión

Por tanto, lo primero a considerarse, tiene que ver con la “legalidad del acuerdo” entre la gestante y quienes recurren a ella para utilizar su vientre. Cuestiones complicadas si las hay. Estamos ante un acuerdo de voluntades (art.957 CCyC), es un contrato, por lo tanto es un acto jurídico cuyo objeto debe cumplir lo establecido por el art.279 del CCyC, sin olvidar lo prescripto por el art.12 del mismo cuerpo normativo.

Entonces, el vientre de una mujer, puede ser objeto de un contrato que no está en el comercio, pero del que la mujer podría disponer libremente, con consentimiento previo e informado médicamente. Sabido es que un embarazo, supone actos médicos y de investigación de la salud de la gestante, sabido es también, que un embarazo puede desarrollarse normalmente o puede ser muy complicado. La gestante tiene una vida, trabajo, pareja, otros hijos. Los padres o los dueños del embrión implantado, deberían dejar instrucciones para el caso que fallezcan, es trágico pero puede suceder.

Otra situación que puede darse es que la gestante, llegado el momento oportuno, plantee la nulidad del acto jurídico, del acuerdo, nulidad que es absoluta conforme al art.386 del CCyC. Ya que en estos casos, la persona por nacer se convierte en un objeto, en el contenido de la prestación de dar de un contrato, es concebido y gestado para ser entregado a otro.

Hablamos de personas, no de gatos ni perros. Y ante la imposibilidad de gestar un niño, el derecho al hijo, lleva a estas situaciones. ¿Pensaron en la adopción? ya sea que se trate de parejas homosexuales, de hombres solos que quieran tener un hijo, de parejas heterosexuales en las que la mujer tenga problemas para gestar o simplemente no quiera deformar su físico, entre otras realidades. El contexto, es de una maternidad o paternidad fragmentada.

Se recurre al acto médico de la implantación de un embrión en un vientre que solo será gestante. Pero más que acto médico, terapéutico, que consiste en una curación o mejoramiento de la salud, es una manipulación, una mezcla de elementos bioquímicos, que dan por resultado un producto, un niño, que será gestado por una mujer que no es su madre.

Va contra la moral, que la gestante reciba una remuneración económica, la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo, por lo que “presta” su útero para gestar el hijo ajeno. En principio, esa dación del vientre no iría contra la moral, es una disposición extra patrimonial, lo que desde ya no se ve muy real, en razón de que se sabe, que el desarrollo del embarazo produce erogaciones que no serían hechas por la gestante ¿Puede esto considerarse remuneración económica?

Pasamos ahora al espinoso tema de la filiación del nacido de la gestante. Ese niño así concebido, requiere una respuesta, que la mirada del derecho se centre en él. La procreación, ha dejado de ser un hecho natural y fisiológico, para convertirse en un hecho artificial y asistido. En el acuerdo, contrato o como se dé en llamarlo, entre la mujer que da su útero, queda claro que ella no es la madre. Pero el art.562 CCyC, confirma el principio que ya había establecido Vélez Sarsfield, que el hijo lo es de quien dio a luz y del hombre y/o la mujer que hayan aportado los gametos. Pero éste, no era lo pretendido en el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial.

Por la presencia de esa disposición y de la leyes 26.413 (B.O. 06/10/08) y 26.618 (sancionada 15/07/10 – promulgada 21/07/10), es que los padres, que tienen la voluntad pro creacional, deben acudir al Juzgado para lograr que el niño o niña sea anotada en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como su hijo. Y la voluntad pro creacional, hace que el niño o niña, no pueda reclamar filiación ni por ende, herencia a quienes donaron los gametos.

Ahora bien, quien es el representante legal del niño por nacer, sus progenitores. El nasciturus, puede adquirir derechos y contraer obligaciones, otro tema que se debe resolver al legislar sobre la maternidad subrogada. Y que actualmente, lo tendrá que resolver un juez previo al nacimiento.

Y si la gestante está casada, se presume que el hijo es también de su esposo (art.566 CCyC). Todo será materia de prueba ante el juzgado.

El punto es que, el material genético, puede ser de los padres pro creacionales, o de la gestante y el padre, o de terceros y, ante problemas de salud de quienes encargan la gestación, surgirá menudo problema de verdad biológica para el niño o niña.

Se argumenta, que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño, pero en esta situación no fue oído. ¿Qué dirá cuando sepa cómo fue concebido? ¿Realmente estimará que lo fue en su interés superior? ¿Y si la gestante es realmente su madre ya que donó el material genético? ¿Y la lactancia de la que se lo privó en miras a su interés superior?, en fin, tantas preguntas sin respuestas, todo es tan reciente, la respuesta la tendremos en años, cuando estos niños o niñas, sean adultos y comiencen a hacer preguntas, ojalá hayan respuestas correctas.

En la Provincia de Corrientes, aún no se han dado casos de maternidad subrogada. Mendoza, fue pionera en el tema con la primera sentencia del Juzgado de Familia del Dr. Neirotti, quien rechazando el pedido de nulidad del acuerdo entre la gestante y los padres pro creacionales, hizo lugar a la demanda de los padres pro creacionales conjuntamente con la gestante y ordenó la inscripción del niño a nombre de éstos. Por supuesto, previa realización de prueba de ADN.

Otro tema de interés, es el de la menor entre 16 y 18 años, que según dispone el art.26 del CCyC último párrafo, es considerada adulta para el cuidado de su propio cuerpo. Ya no hablamos de “aptitud” que puede ser cuestionada según apreciación judicial, sino que se expande de manera notoria, el ámbito de facultades asignadas a los menores.

En esta materia, corresponderá establecer legislativamente que la menor adulta, deberá contar con la información suficiente y sobre todo con el debido consentimiento informado, y limitarse en estos casos, como el de la maternidad subrogada. Que su capacidad quede restringida al cuidado de su cuerpo de manera estricta y que no se lo habilite más allá de esos límites.

Citamos algunos de los numerosos casos que han resuelto sobre la filiación del niño, niña, nacidos por maternidad subrogada, y la diversidad de las sentencias: Casos anteriores a la sanción del nuevo código: Juzgado de familia de Gualeguay: “B.M.A.c/ F.C.C.R” pareja heterosexual, casada, fecundación homóloga, se inicia la acción post nacimiento del niño: el padre reconoce al niño y se impugna la maternidad (19/11/13); Tribunal de familia N°7 de Rosario, F.M.L. y otra s/ autorización judicial “, pareja heterosexual casada, óvulos donados, se inicia la acción antes de proceder a la transferencia embrionaria, se obtiene autorización judicial previa (21/12/14); Juzgado Nacional en lo Civil 102, “C.F-A. y otro R.S.M.L. s/impugnación de la maternidad”, pareja heterosexual casada, fecundación homóloga, niña reconocida previamente por el padre e impugnación de la maternidad (18/5/15); Juzgado de familia N°1 de Mendoza, “A.V.O.A.c/ G.Y.J.J.F”, pareja heterosexual conviviente, fecundación homóloga, acción declarativa de certeza a los fines de que se declare que la filiación correspondía a los comitentes (29/7/15). Casos resueltos con la vigencia del nuevo Código: Juzgado de Familia N°9 de San Carlos de Bariloche, Datos Reservados, Expte. N°1017814, pareja heterosexual conviviente, fecundación homóloga, se realiza la acción antes de la implantación embrionaria, autorizados judicialmente

(29/12/15); Juzgado de Familia N°7 de Lomas de Zamora “H.M. y otra s/ medidas precautorias”, pareja heterosexual conviviente, fecundación homóloga, se concede la autorización para la inscripción de la niña por nacer en el Registro Civil y se declara la inconstitucionalidad del art.562 del Código Civil y Comercial (30/12/15); Tribunal colegiado de Familia N°5 de Rosario, “S.G.G. y otros s/ filiación”, pareja de hombres, casados, donante de óvulos anónima, se rectifica la partida y se impugna la maternidad (27/5/16).

Por citar algunos, en mérito a la brevedad, donde observamos la homologación de acuerdos al que arribaron las partes, impugnándose, en la mayoría, la maternidad, con algunas declaraciones de inconstitucionalidad del art.562 del Código Civil y Comercial.

Conclusión

Es de necesidad urgente, que se dé un marco legislativo a una realidad social, la manipulación genética se está llevando a cabo sin prisa y sin pausa y sin legislación que la reglamente.

Referencias bibliográficas

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2019). Resistencia, Chaco. Ed. Contexto.

Chiapero, S. M. (2012). “Maternidad subrogada”. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Herrera, M., De la Torre y Fernández. “Derecho filial, perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”. (2018). Buenos Aires. Ed. La Ley.

Juzg. de Familia N° 1 de Mendoza. ED. T 264. (29/07/2015).

Laferriere, Jorge N. “40 preguntas sin respuestas”. ED. T.273-1039 (18/08/2017).

Laferriere, Jorge N. “La maternidad privatizada”. ED. T.270-499 (21/12/2016).

Matozzo de Romualdi, L. “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada”. ED. T.182-1652.

Saux, E. I. “Tratado de Derecho Civil Parte General” T. II. (2018). Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.

Salaverri, Milagros. “Maternidad subrogada. Creación pretoriana.” ED. DCCLXXIV-476 (10/10/2013).

Torrens, María C. “Autonomía Progresiva”. (2019). Buenos Aires. Ed. Astrea.

Torres, Flor A. “Determinación de la filiación del niño concebido mediante subrogación”. ED. DCCLXXXVI-918.

Wierzba, S. M. “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación” Rev. Der. Privado Año I N°2, Buenos Aires. Ed. Infojuris.

Filiación

Carmen Teresita Cima, Profesora Libre de la cátedra “A” de Derecho Privado y Derecho de las Obligaciones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

María Gabriela Thomas Cima, Profesora Adscripta de la cátedra “A” de Derecho Privado y Derecho Civil II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.