

“Mater semper certa est” : consideraciones actuales respecto de su vigencia

Adriana Beatriz Martinuz¹

Anabella Facciuto Kaed²

1. Abogada. Profesora de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la carrera de Abogacía. Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad del Salvador en la carrera de Abogacía y en el Programa Integrado de Doble Titulación Franco-Argentino en Abogacía USAL-Université Paris I Panthéon –Sorbonne. Es miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

2. Abogada. Es Asesora Legal en la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud de la Nación. Profesora de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la carrera de Abogacía. Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad del Salvador en la carrera de Abogacía y en el Programa Integrado de Doble Titulación Franco-Argentino en Abogacía USAL-Université Paris I Panthéon –Sorbonne. Profesora de Principios Generales del Derecho Privado en el Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora de Legislación Profesional en la Facultad de Ingeniería y Ciencias Agrarias de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Es miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.

El principio "mater semper certa est" en el Derecho Romano

Paulo en D 2.4.5 establece dos principios fundamentales en materia de filiación, el primero de ellos, *mater semper certa est*, el segundo *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*.

"Paulo, Comentarios al Edicto, libro IV.- porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias."

El principio *mater certa est* se refiere al hecho natural de la gestación y del parto. Por lo tanto, la mujer que gesta y da a luz un niño es madre a los efectos jurídicos.

En cambio, el padre se lo tiene por *certus* si existe un matrimonio legítimo, por lo que el hijo legítimo es aquel procreado en justas nupcias por individuo varón de la familia sea éste *pater* o *filius*.

Para determinar si el hijo fue concebido dentro de las justas nupcias se tendrán en cuenta los plazos máximos y mínimos de embarazo, esto es 300 días y 180 respectivamente. (Ulpiano en D 38.16.3.11y 12).

De esta forma, el nacido de justas nupcias se somete a la patria potestad del padre si es *sui iuris*, y en caso de que el padre fuera *alieni iuris* queda sometido a la patria potestad del padre de aquel. "La incorporación de los nacidos en la familia se hacía depender de la voluntad del *pater familias*, que se manifestaba en una ceremonia conocida como *tollere liberos*, en la que el recién nacido era colocado en el umbral de la casa paterna por las mujeres que atendían a la madre. El *pater familias*, recogiendo del suelo, lo introducía en la *domus* ("la casa") como signo de la aceptación en el seno de la familia"³.

Por lo tanto, el *pater* podía negarse a admitir al hijo recién nacido por medio de esta institución.

Por el senadoconsulto Plancianum del siglo I d. C. se determinó el reconocimiento forzado del hijo legítimo si la mujer divorciada le hubiere hecho saber a su exmarido el embarazo dentro de los treinta días contados a partir de la separación por divorcio. Asimismo, por un senadoconsulto de época de Adriano, se extiende este procedimiento a los hijos que nacen durante el matrimonio pero que el esposo rechaza como suyos.

Pero si no existen justas nupcias el hijo seguirá la condición de la madre por el principio *mater semper certa est*.

De ello tenemos varios ejemplos:

Así en los casos de esclavitud, el hijo de madre esclava nacerá esclavo sin importar la condición del padre, ya que como los esclavos no pueden celebrar justas nupcias, no puede aplicarse la presunción de certeza sobre el padre.

En épocas antiguas se tomó en cuenta la situación de la madre al momento del nacimiento, luego, el emperador Adriano contempla el caso de la mujer que concibe siendo libre, pero en el momento del alumbramiento es esclava, dispuso que el hijo naciera libre. Principio del favor libertatis.

Este principio es tomado por la jurisprudencia clásica, se dispuso que el hijo naciera libre, si la madre lo hubiera sido en algunos de los momentos comprendidos entre la concepción y el parto D1.5.5.3 (Marciano).

También, respecto a la ciudadanía, se contempla la situación de la madre, sin impor-

3. Rascon García, C., *Manual de Derecho Romano*, Tecnos S.A., Madrid, 1996, p. 99.

tar la del padre, en caso de no existir entre ambos justas nupcias.

Por lo que el hijo de una madre romana era ciudadano desde el momento del parto (Gayo 1.89. Ulp 5, 10).

Hacia fines de la República, por la ley Minicia (de fecha desconocida anterior al 90 AC), se estableció que el hijo habido de una ciudadana romana y un latino o un extranjero seguía la condición del padre. Esta ley fue derogada por un senadoconsulto de Adriano (Gayo 1.,78/ Ulpiano 5.8).

La cesión de vientre en Roma

Conforme a una práctica social, los romanos acostumbraban a cederse a sus mujeres en el momento que estas estaban embarazadas. En tal sentido, el caso más emblemático, acaecido en la época republicana, es la historia de Catón, Marcia y Hortensia. Episodio narrado por Plutarco en Catón el menor XXV.

Brevemente narremos los hechos: Catón el Joven se encontraba unido en matrimonio con Marcia. Hortensio, amigo de Catón, no tenía hijos. Era tal la admiración de Hortensio hacia Catón que deseaba no sólo ser amigo sino convertirse en su pariente, es así que en un principio solicita a Catón que le entregue en matrimonio a su hija Porcia, aunque esta estaba casada con Bíbulo. Y Hortensio prometió a Catón que una vez que Porcia le diera un hijo la devolvería a su marido. Plutarco señala que Hortensio esgrimió el siguiente argumento: si Porcia le hubiese dado un hijo “comunicándose las sucesiones entre los varones aventajados, la virtud se extendería más, pasando a los hijos, y la república se fortificaría por medio de las multiplicadas afinidades; y si Bíbulo estaba tan bien hallado con su mujer, él se la restituiría después de haber parido, cuando ya se hubiese hecho una cosa más propia con el mismo Bíbulo y con Catón por la comunión de los hijos”.

Pero Catón rechaza la propuesta de Hortensio. Por lo que Hortensio solicita a su amigo Catón que le cediese a su esposa Marcia, que era lo bastante joven para darle hijos y que ya había dado prueba de su fertilidad al haber dado dos hijos a Catón.

Catón consulta con su suegro quién se mostró de acuerdo. Marcia después de divorciarse de Catón se casó con Hortensio y le dio dos hijos. Cuando Hortensio muere dejándola viuda y rica, Marcia volvió a casarse con Catón. Lo que debemos destacar en esta historia es que en el momento en que Marcia fue cedida a Hortensio, estaba ya embarazada de Catón.

Existen otros ejemplos de cesión de mujeres que se encontraban embarazadas, así el caso de Emilia, que estaba ya embarazada cuando en el año 81 a.C. fue obligada a divorciarse del marido (por Sila) y a casarse con Gneo Pompeyo.

El caso más famoso es el de Livia, casada con Tiberio Claudio Nerón, estaba embarazada cuando Octavio hizo que su marido se la cediera.

Conforme señala Cantarella, los romanos se cedían unos a otros en calidad de esposas a las mujeres fértiles. En Roma había una estrategia reproductiva que conciliaba planificación familiar y planificación ciudadana.

En tal sentido, Plutarco señala “por naturaleza era honesto y político que una mujer en buena y robusta edad no tuviese su fertilidad ociosa dejándola apagarse, ni tampoco diese a luz más hijos de los que convenían, atropellando y empobreciendo con el número al

que ya no los había menester”.

En el Digesto encontramos varios casos en los que se tiene en cuenta la función reproductora de la mujer: D 22.1.48 Ulpiano “Un marido legó a su mujer el usufructo de la tercera parte, y cuando hubiese tenido hijos la propiedad”.

Pomponio en D 24.3.1 establece “...es necesario que las mujeres estén dotadas para que procreen y llenen de hijos la ciudad”.

En D 35,1,25 Juliano da cuenta del caso del marido que condiciona la herencia de la viuda a que diera hijos a su nuevo esposo.

Como si las mujeres con capacidad para engendrar constituyesen una especie protegida, el derecho se preocupaba de que pudiesen ejercer su función cívica; y al parecer, las mujeres romanas aceptaban de buen grado formar parte de esa especie. Hasta el punto de que cuando no se encontraban en condiciones de desarrollar su tarea, consideraban normal que otra, que sí estaba en condiciones de desarrollarla, la sustituyera.⁴

Una matrona romana debía traer ciudadanos al mundo, y si no estaba en condiciones de hacerlo, podía ser repudiada y sustituida por una mujer fértil.

Recordemos que unos de los primeros divorcios fue el de Spurio Carvilio Ruga, quien repudió a su mujer por causa de su esterilidad, así lo sostiene Aulo Gelio. “Este Carvilio según la tradición tenía por la mujer que repudió un afecto extraordinario y muchísimo la amaba a causa de su temperamento, pero prevaleció el respeto al juramento, sobre el afecto y el amor, por cuanto los censores lo habían obligado a jurar de tomar mujer para tener hijos.” (4,3,2).

En el mismo sentido encontramos el caso de Turia, una matrona ejemplar (época augustea), que no había podido darle un hijo a su marido. Perdida toda esperanza de darle descendencia, le propuso el divorcio, y ofreció que la sustituyera por otra mujer que le procurara hijos, afirmando que compartiría los hijos que tuviese como si fueran suyos. Propuesta que no fue aceptada por su marido. Este caso, según señala Cantarella, responde a la misma lógica que explica la historia de Marcia, la lógica según la cual a una mujer fértil se la hacía circular, por llamarlo así de tal manera que su capacidad reproductiva fuese utilizada del modo más racional; por regla general, cuando ya era *venter*.⁵

Con el término *venter* se hace referencia tanto a la mujer embarazada como al feto, el marido ejercía un poder absoluto sobre ambos y el derecho articuló los mecanismos necesarios para que lo ejerciera aún después del divorcio y de la muerte.

Así, vemos que se nombraba un *curator ventris* para impedir que la mujer aborte y también se tomaban las precauciones necesarias para evitar que la mujer finja un embarazo y sustituya a un recién nacido.

Por el SC Planciano, probablemente de época de Vespasiano, se dispuso que la mujer puede, en un plazo de treinta días desde su divorcio, anunciar a su exmarido su embarazo, con el objeto de conseguir de este último una rápida manifestación de aceptación o rechazo de la paternidad. El exmarido debía, entonces, enviar *custodes* con el objeto de que confirmara la situación de embarazo de la mujer, o bien rechazar la paternidad. En caso de no escoger ninguna de estas opciones, se le obliga a reconocer al hijo y a la

4. CANTARELLA, Eva. *Mujeres romanos de Tácita a Sulpicia*. Ediciones Cátedra Universidad de Valencia Instituto de la Mujer 1997.

5. Cantarella , Eva Ob Cita pag 156.

prestación de alimentos (D. 25, 3, pr.-1). Otro senadoconsulto posterior a la época de Adriano introdujo una norma similar para el caso que el parto se hubiese dado durante el matrimonio (Ulpiano D. 25.3.3.1). La preocupación del legislador se centraba en no malograr el nacimiento de hijos legítimos. Pero, además, como ya hemos manifestado, se pretendía evitar la suposición del parto.

En D. 25, 4, intitulado: “De la inspección del vientre y de la custodia del Parto”, se establecen las precauciones que se deben tomar durante el embarazo para asegurar el nacimiento.

D. 25, 4, 1, 10 (Ulpiano, comentarios al edicto libro 24) se refiere al caso de las viudas. El edicto del pretor establece que después de la muerte del marido, una mujer que decía estar embarazada debía darlo a conocer en el mes siguiente a la muerte a quienes tienen derecho o a sus representantes, para que estos puedan enviar (si así lo desean) dos veces al mes a que inspeccionasen el vientre. La mujer se instalará en casa de una mujer honesta, que elegirá el pretor. Llegado el momento del parto se describe con todo detalle las medidas a tomar para evitar la simulación del nacimiento o el cambio del hijo a nacer.

De todo ello podemos apreciar el carácter publicístico de la tutela del poder del marido sobre el *venter*, revelado por la intervención del pretor en el curso del embarazo.

Para poder entender esta costumbre de cesión de la mujer embarazada, debemos tener la visión del matrimonio romano como un acuerdo-alianza entre dos familias, acuerdo que se efectúa por diversas razones (políticas, económicas, sociales), y también por el deber cívico de organizar, una ordenada y racional reproducción de los grupos familiares (Cantarella):

“sólo desde esta óptica puede comprenderse por qué, si se planteaba la situación, los maridos, como buenos ciudadanos, podían tomar la decisión de ceder a sus esposas cuando éstas eran *ventres*: úteros colmados, en definitiva, prestos a entregar un hijo a aquél a quien como *ventres* eran cedidas de acuerdo con una práctica que para los maridos (el cedente y el cesionario) comportaba dos ventajas adicionales. Como el cesionario era normalmente un amigo o un aliado político, la cesión del *venter*- gracias a la comunidad del hijos- conseguía además la finalidad de consolidar las relaciones de amistad y de alianza política entre dos familias. y a su vez, las alianzas familiares consolidaban el estado...”⁶

Conforme señala Cantarella, a falta de más sofisticadas tecnologías, los romanos habían inventado una práctica que permitía alcanzar los resultados que hoy se alcanzan con los úteros de alquiler, cuando consideraban útero a la misma mujer embarazada.

Análisis del principio a la luz del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 19, regula el comienzo de la existencia de la persona humana a partir de la concepción, dejando la regulación de las técnicas de reproducción asistida para una futura ley especial.

Cabe destacar que, respecto del comienzo de la existencia de la persona humana,

6. CANTARELLA, Eva. *Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Ediciones Cátedra Universidad de Valencia Instituto de la Mujer 1997, pág. 159.

cuando se trata de TRHA, ocurre cuando el embrión in vitro es implantado en la persona, esto es sostenido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En relación con este tema, debemos recordar que el Código Velezano fijaba en su artículo 70 el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno.

En la actualidad, si la fecundación ha ocurrido de manera natural -no por fecundación in vitro- el artículo 20 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un plazo dentro del cual se presume la concepción, fijando un máximo de 300 días y un mínimo de 180 días de duración del embarazo. Este plazo se contará desde el nacimiento hacia el pasado. La presunción prevista por este artículo admite prueba en contrario.

En el mismo orden de ideas, por el artículo 21 in fine del CCCN se establece la presunción del nacimiento con vida de la persona por nacer. En consonancia con lo dicho, el citado artículo expresa:

“Artículo 21. Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.⁷

Asimismo, por el artículo referido surge la condición jurídica de la persona por nacer ya que de la lectura del primer párrafo se desprende que las personas por nacer son capaces de adquirir derechos por donación, herencia, legado, créditos por alimentos, etc.

Así las cosas, la persona por nacer va a ejercer sus derechos por intermedio de sus padres, conforme surge de los artículos 100 y 101 inciso a) del CCCN.

1. Las fuentes de la filiación y los efectos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación. De la lectura del artículo 558 del CCCN⁸ surge que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Por lo expuesto, los supuestos de filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. De lo dicho, se desprende que el Código Civil y Comercial de la Nación ha considerado como una tercera fuente de filiación a las TRHA en donde cobra protagonismo la voluntad procreacional por encima de la determinación fundada en el criterio biológico.

2. Determinación de la maternidad en la filiación natural. En el artículo 565 del CCCN se encuentra receptado el principio general relativo a la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza. En relación a lo expuesto, el artículo citado expresa:

“Artículo 565. Principio General. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de

7. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

8. “Artículo 558CCCN. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

salud si corresponde, que atendió el parte de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge...”

De lo transcripto, se colige que en los casos de filiación por naturaleza con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido la maternidad queda establecida, de la cual quedará constancia mediante la inscripción por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por su parte, el artículo 566 CCCN respecto de los hijos habidos dentro del matrimonio establece que “excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”.

Cabe poner de resalto que la presunción del artículo arriba citado no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre.⁹

Llama particular atención cómo es la determinación de la filiación en los casos de las TRHA y, dentro de las mismas, aquellos casos de gestación por sustitución, dado que la misma aún no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Por lo dicho, antes de adentrarnos en el tema de la gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia nacional, veremos acerca de las reglas generales a la filiación por técnicas de reproducción asistida previstas en el CCCN.

De manera preliminar, ha de recordarse que la Ley N° 26.862 del año 2013 garantiza el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, conforme surge de su artículo 1°.

3. Reglas generales a la filiación por técnicas de reproducción asistida en el CCCN.

Como dijéramos anteriormente, el Código Civil y Comercial de la Nación no reguló el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Lo que hallamos receptado en el CCCN es el tratamiento de las reglas¹⁰ generales referidas a la filiación por técnicas de reproducción asistida, las cuales las encontramos en los artículos 560 al 564 CCCN -inclusive-. Estas reglas consisten en:

El fundamento estriba en la voluntad procreacional a los fines de la determinación de la filiación (conforme artículo 562¹¹). Esto se produce con independencia de si el material

9. Tribunal Juzgado N° 19 Secretaría N° 37. Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Partes: “Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otros contra GCBA y otros sobre amparo”. EXP A37252-2018-0. Fecha: 9-11-2018. Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2019/01/FA.-NAC.-JUZ.-CONT.-ADM.-Y.-TRIB.-TRHA-Determinaci%C3%B3n-de-la-filiaci%C3%B3n-Pr%C3%A1ctica-casera.-.pdf> (última consulta realizada el día 8 de abril de 2022).

10. BERENGUER, M.C., CERINI, S.M. y BAEZ, M.F., *Elementos básicos del derecho civil. Conforme al Código vigente*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial EDUCA, 2018, p.38.

11. Artículo 562 CCCN. Voluntad procreacional. “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

genético corresponde a las personas que tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos.

El consentimiento informado previo de aquellas personas que desean someterse a las técnicas de reproducción humana asistida es requisito fundamental (conforme los artículos 560 y 561 CCCN). Dicho consentimiento se deberá protocolizar ante escribano público o certificado por autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

El derecho a la información¹² de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida (artículos 563 y 564 CCCN): Estas personas pueden recabar información vinculada a los datos médicos del donante cuando esto resulte importante para su salud o conocer la identidad del donante por razones fundadas, evaluadas éstas por la autoridad judicial.

4. La gestación por sustitución en la Legislación Argentina.

El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial que fuera presentado por ante el Congreso de la Nación en el año 2012, contemplaba en su articulado la técnica llamada gestación por sustitución en su artículo 562.

El artículo que fuera eliminado por la Comisión Bicameral, criterio luego revalidado por el Senado, disponía lo siguiente:

“Artículo 562¹³ Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;

12. Artículo 563 CCCN. Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. “La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”. Artículo 564 CCCN. Contenido de la información. “A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

13. GONZÁLEZ, A., MELÓN, P. y NOTRICA, F.; “*La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*”, p. 2, en <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcaniirtcod> (última consulta realizada el día 7 de diciembre de 2021).

h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a una transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

5. Consecuencias de la falta de regulación de la gestación por sustitución en la República Argentina.

Como consecuencia de la falta de regulación de la gestación por sustitución se han presentado y se presentan ante la justicia casos relacionados con la incertidumbre en que se hallan inmersos los progenitores de los nacidos a los fines de determinar la filiación de sus hijos.

Por lo expuesto, ante el vacío legal en relación con el tema en estudio, los llamados “comitentes” están obligados a presentarse a la justicia con el objeto de que se determine la filiación del niño que nace dado que tanto el código velezano como el Código Civil y Comercial de la Nación establecen que la madre del niño es la que da a luz, determinándose la maternidad respecto de la gestante.¹⁴

De la lectura de sendos precedentes jurisprudenciales, encontramos que las presentaciones llevadas a cabo por los comitentes consisten en¹⁵:

I) Supuestos en los cuales el niño/a ha nacido. En estos casos se han presentado: impugnaciones de la maternidad; solicitudes de inscripción registral, etc.

II) Supuestos en los cuales se solicita la autorización judicial con carácter previo a la implantación del embrión.

III) Supuestos de solicitud de autorización judicial con carácter previo al parto.

6. Jurisprudencia nacional.

El primer caso que se presentó por ante la justicia nacional tuvo lugar en el año 2013. Ese año, se decidió sobre un caso de gestación de sustitución llevado a cabo en la Ciudad de Buenos Aires. Por aquel entonces, se autorizó la inscripción como hija de los comitentes de una niña gestada en un vientre prestado. Se trataba de un matrimonio heterosexual donde la mujer presentaba dificultades para concebir.

La justicia autorizó la inscripción requerida basando su postura en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial.

I) Distintos casos jurisprudenciales referidos a la gestación por sustitución.

La obra social debe afiliar provisoriamente a los recién nacidos por gestación por

14. NOTRICA, F., “*La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional*”, p. 1, en <https://salud.gov.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional> (última consulta realizada el día 3 de noviembre de 2021).

15. NOTRICA, F., “*La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional*”, p.p. 1-4, en <https://salud.gov.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional> (última consulta realizada el día 3 de noviembre de 2021).

sustitución siendo que sus progenitores revisten la condición de afiliados.¹⁶

Sumario

1.-Corresponde ordenar con carácter cautelar a la Obra Social que, en el término de cuarenta y ocho horas de notificada, proceda a afiliar provisoriamente a los menores de edad recién nacidos hijos de los amparistas nacidos por gestación por sustitución, y brindarles cobertura del 100% a su cargo de la internación en una unidad de terapia intensiva neonatal, por cuanto se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho debido a que de la prueba arrojada surge que los amparistas son afiliados a la demandada y que conforme los certificados de nacimiento y partidas de nacimientos, los niños son hijos del matrimonio y el médico tratante ha prescripto que deben quedar internados en la unidad de cuidado neonatales debido a su estado de salud.

Se ordena a la obra social que cubra íntegramente la técnica de reproducción asistida de alta complejidad a una gestante solidaria que ‘prestará’ su vientre a los actores, quienes son una pareja amiga de ella, constituida por personas del mismo sexo.

Sumario

1.-Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenar a la obra social que brinde a los amparistas la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con ovodonación proveniente de banco y gametos masculinos aportados por uno de los accionantes, la criopreservación de embriones, la transferencia embrionaria en el cuerpo de la gestante solidaria, todo ello bajo cumplimiento y respeto con lo normado en la Ley nacional N° 26.862 y su Dec. reglamentario N° 956/2013 pues negar la cobertura de tal técnica a los actores del mismo sexo representaría un acto discriminatorio en razón del sexo.¹⁷

Se autoriza la gestación por sustitución entre los F (pareja conviviente del mismo sexo) y la madre gestante, pues la ausencia de la práctica en la redacción del nuevo CCivCom. no puede interpretarse como la prohibición de realizarla.¹⁸

16. Partes: S. N. A. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ prestaciones médicas. Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Sala/Juzgado: A

Fecha: 8-jul-2021 Cita: MJ-JU-M-133336-AR | MJJ133336 | MJJ133336.

17. Tribunal: Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: VI. Fecha: 22-jun-2021 Cita: MJ-JU-M-132962-AR MJJ132962 | MJJ132962

18. Partes: R. L. A. y otros s/ sumaria. Tribunal: Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María. Fecha: 21-may-2020. Cita: MJ-JU-M-126330-AR | MJJ126330 | MJJ126330.

Sumario

1.-Corresponde autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre los comitentes (padres intencionales) y la gestante, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante nombrada, debiendo todos prestar su consentimiento ante el centro de salud elegido en los términos de los arts. 560 y 561 del CCivCom.

2.-Cabe declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCivCom. para el caso de gestación por sustitución y, en consecuencia, ante el vacío legislativo: a) ordenar que el niño/a nacido de la práctica autorizada sea inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo, como hijo de los comitentes, debiendo efectuarse la inscripción en el Registro de conformidad a lo normado por el 559 del CCivCom.; asimismo, el niño/a nacido/a de la práctica autorizada no tendrá vínculo jurídico con la gestante, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

3.-Si bien en el anteproyecto de CCivCom. la técnica de gestación subrogada no fue aprobada, esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia, la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento.

4.-La gestación subrogada es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en Argentina, y no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero (el llamado 'turismo reproductivo') y luego obtener el reconocimiento por la vía del art. 2634 CCivCom., lo que no luce contemplativo de los derechos de aquellos que no cuentan con los recursos económicos para proceder de esa manera.

5.- Fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo, planificación que va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener.

6.-Limitar la gestación subrogada por la orientación sexual resulta a todas luces discriminatorio de los derechos fundamentales, y la posibilidad de acceder a las TRHA por parejas del mismo sexo está expresamente contemplada por la Ley 26.862 y en su Dec. reglamentario 956/2013.

7.-No puede afirmarse razonablemente que el CCivCom. prohíbe a las parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones tener hijos biológicos, porque la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación.

Homologación judicial de convenio sobre gestación por sustitución¹⁹

En el mes de septiembre 2021, el Juzgado de Familia N° 2 de Córdoba procedió a homologar un convenio sobre “gestión por sustitución”.

El mismo fue celebrado entre un matrimonio compuesto por dos mujeres (comitentes) y una amiga de ambas (gestante).

En dicho caso, la justicia cordobesa además de proceder a autorizar el proceso, ordenó que el niño/a nacido mediante dicha práctica sea inscripto como hijo de los comitentes, sin establecer vínculo jurídico alguno con la gestante.

En este caso, se dieron las siguientes circunstancias:

Ninguna de las integrantes de la pareja podía llevar adelante el embarazo.

La gestante que se ofreció como voluntaria ya era madre de cuatro niños.

La existencia de voluntad procreacional por parte de los comitentes.

Para fundar su decisión, la justicia cordobesa tuvo en cuenta lo prescripto por el artículo 19 de la Constitución Nacional “Todo lo que no está prohibido está permitido”.

Asimismo, el juzgador tuvo en cuenta al momento de homologar el convenio que los intereses de todos (los comitentes, la gestante, el niño/a) se encontraran resguardados.

Sumario

1.-Corresponde homologar el convenio celebrado entre las partes, autorizar la realización de la técnica reproducción humana asistida de gestación por sustitución, y declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto, dejando determinado el niño o niña que haya de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada sea legalmente inscripto como hijo o hija de la pareja comitente desde el mismo instante del nacimiento, toda vez que la norma resulta contraria a los derechos humanos de jerarquía constitucional, pues impide a quien no pueda gestar acceder a las TRHA con la finalidad de ser madre o padre, importando un evidente trato desigual y discriminatorio, violando su derecho a formar una familia a través del proyecto de vida libremente elegido, o posible, su derecho a intentar procrear, contra su dignidad personal, su intimidad, su derecho a la autodeterminación y su libertad sexual y reproductiva, impide a quien no pueda gestar acceder, en condiciones de igualdad, a los avances científicos en la materia.²⁰

19. <https://www.erreius.com/opinion/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/573/homologan-convenio-sobre-gestacion-por-sustitucion> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2021).

20. N.M.E., L.M.D. y N.M.C s/ autorización judicial.SENTENCIA 15 de octubre de 2021 JUZGADO DE FAMILIA. SAN JUAN, SAN JUAN Magistrados: Esteban De la Torre Id SAJ: FA21289002

Conclusiones finales

El principio establecido por Paulo, *mater semper certa est*, supone que la maternidad está dada por el hecho fisiológico del embarazo y su posterior alumbramiento. Por lo que cabe afirmar en virtud del mismo que madre hay una sola y es aquella que es la gestante.

Si bien, como hemos visto, en Roma existieron casos de cesión de vientres dicha cesión no estuvo regulada por el Derecho Romano y sus fines responden principalmente a intereses políticos y ciudadanos y al establecimiento de alianzas entre las familias más destacadas.

En la actualidad, el principio estudiado parece romperse ante la aparición y puesta en práctica de las TRHA y los distintos supuestos de maternidades (entre estas el caso de la gestación por sustitución).

Si bien de la lectura de nuestro actual CCCN, en su artículo 562, surge expresamente que la madre es la gestante (ratificando el principio *mater semper certa est*) ante la existencia cada vez más frecuente de casos de gestación por sustitución, los tribunales argentinos se ven obligados a fallar sobre el particular.

La inexistencia de una legislación especial sobre la materia da lugar a que se deba recurrir a la instancia judicial a los fines de establecer la relación filial entre el niño o niña y los comitentes, dejando a un lado la presunción prevista en el citado artículo 562.

Bibliografía

Berenguer, M. C.; Cerini, S. M.; Báez, M. F. (2018). *Elementos básicos del derecho civil : conforme al código vigente*. Buenos Aires : EDUCA.

Cantarella, E. (1997). *Pasado próximo mujeres romanas de tática a sulpicia*. Madrid : Ediciones Cátedra S.A.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

González, A.; Melón, P.; Notrica, F. (2021). *La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*. URL: <http://www.sajj.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod>

López Gueto, A. (2018). *El Derecho Romano en femenino singular historias de mujeres*. Madrid : Tecnos.

Notrica, F. (2021). *La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional*. URL: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>

Rascon García, C. (1996). *Manual de Derecho Romano*. Madrid : Tecnos.