

Ciclo de invitaciones: “OTRAS VOCES”

Conferencia a cargo de **María Victoria Famá**¹

“Desafíos actuales en el Derecho de familia”

25/10/13

Miriam Fratini: Vamos a dar comienzo a esta reunión. En principio les quiero dar la bienvenida a esta actividad -que dirigimos junto con María del Rosario Ramírez y Gabriel Levy-, a la que llamamos “Otras voces”. En el intento de poner en práctica o en acto, eso que en el nombre insiste: la posibilidad de escuchar otras voces, provenientes - como solemos decir- de otros discursos, o simplemente de otros ámbitos o modos de interrogar, lo que entendemos es la compleja realidad de los seres hablantes.

En principio también quiero agradecerle especialmente y darle la bienvenida a nuestra invitada, María Victoria Famá. Nos va a hablar de un tema, que creo por demás interesante para todos nosotros: “Desafíos actuales en el derecho de familia”. Ojalá

¹ **María Victoria Famá**, Abogada y Especialista en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Nacional de La Plata, de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, y del Posgrado de Especialización en Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Se desempeña como Secretaria del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Número 25 con competencia exclusiva en Cuestiones de Familia, a cargo del Dr. Lucas C. Aón. Algunas de sus publicaciones: *Derecho Constitucional de Familia*, 2006, junto con Andrés Gil Domínguez y Marisa Herrera. *Matrimonio civil, divorcio vincular y uniones de hecho*, 2007, junto con Marisa Herrera y María Bacigalupo de Girard. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061. Comentada, anotada y concordada*, junto con Andrés Gil Domínguez y Marisa Herrera, 2007. *Salud mental en el derecho de familia* junto con Marisa Herrera y Luz Pagano, 2008. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*.

podamos escuchándola, instruirnos un poco y luego dar lugar a comentarios e intercambios.

María Victoria Famá es abogada, especialista en Derecho de familia, Secretaria del Juzgado Nacional en lo Civil N° 25, adjunta regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, docente de postgrado de esa institución y de otras del país, integrante del staff de la revista de Derecho de familia de Abeledo Perrot, autora del libro “*La filiación: régimen constitucional, civil y procesal*” y otras obras en materia de Derecho de familia.

María Victoria Famá: Agradezco la invitación. Para mí es bastante raro hablar para no abogados. Desde ya les adelanto que los abogados somos crípticos, cerrados; ¡casi tanto como los psicoanalistas! (*Risas*) Si no entienden algo les pido que me pregunten. Voy a tratar de usar un lenguaje lo más llano posible.

Acepté con gusto, porque me parece que en los temas que voy a tratar hoy, me van a servir Uds., más de lo que yo les podría servir. El intercambio en esto es absolutamente indispensable. La verdad es que nosotros necesitamos nutrirnos de otros saberes. Eso que venimos hablando hace años sobre la interdisciplina. Realmente ésta es fundamental en materia del Derecho de familia y en los temas que vamos a abordar hoy, la perspectiva del Psicoanálisis es el eje. En muchos temas me gustaría tener la mirada del Psicoanálisis.

Es complicado elegir el tema, para no abrumarlos con información o data. El título de la exposición es “Los desafíos actuales en el Derecho de familia”. Los desafíos son muchísimos. Hemos avanzado verdaderamente en los últimos tiempos, con legislación, con jurisprudencia, en muchas cuestiones nuevas.

Me parece que los que podían interesar y es el gran desafío, es qué pasa con esta necesidad de legitimar nuevas formas familiares. El nuestro es uno de los quince países del mundo que ha regulado el matrimonio igualitario; con lo cual uno podría decir que estas uniones están legitimadas. Todavía -es el gran tema- faltaría ver, en esta primera etapa, qué pasa con la legitimación, que tienen que dar los que trabajamos en Derecho de familia.

La ley dice que una pareja homosexual está casada. Sólo se puede adoptar en forma conjunta si están casados. Los matrimonios de ambos sexos pueden adoptar un niño. Ahora cuántos juzgados de adopción hay, que entregan un niño a una pareja del

mismo sexo. Son pocos casos. Creo que en el discurso judicial, aún estos señores no están del todo legitimados, sobre todo desde la práctica. Debemos ir viendo cómo evolucionan los jueces que operaron en este sentido.

Se dio una discusión conceptual acerca de lo que llamamos matrimonio. Ya se supero. Ese no es un problema. No nos importan los adultos, la gran discusión es respecto de los niños. Que pasa con los niños cuidados por parejas del mismo sexo. Y desde el discurso también es una cuestión.

La jurisprudencia de “La Corte Interamericana de derechos humanos” es vinculante. Nuestro sistema jurídico determina que lo es. Hay que decidir conforme a los estándares que marcan la Corte Interamericana, así como también tenemos que respetar nuestra Constitución.

Contamos con un fallo muy importante, el Abdala, del año 2002. Donde la Corte Interamericana sanciona a Chile por discriminación a una mujer, que tenía tres hijas. Se separó. Era lesbiana. Asume su sexualidad y se va a convivir con una mujer. A partir de allí el esposo le quita la tenencia de sus hijas. En primera instancia se hace lugar al pedido de la madre de recuperarlas, las hijas querían estar con ella. Pero la Corte Suprema de Chile le devuelve la tenencia al padre, pero además en el discurso señala que la madre al explicitar su condición homosexual, antepuso su propio interés al de sus hijas.

Es bastante interesante porque tiene una preferencia materna absoluta. Cuando se debate la tenencia, siempre la madre es preferida, salvo causas graves. Así la homosexualidad era considerada una causa grave; que amerita que a una madre le quiten la tenencia de sus hijos y además con esos argumentos: confusión de roles, la idea que explicitar su homosexualidad es ponderar su interés sobre el de sus hijos.

La Corte Interamericana sostiene que no puede haber situaciones de riesgo, basados en estereotipos, vinculados a la orientación sexual. Si digo que la orientación sexual del progenitor es perjudicial o puede llegar a provocar algún riesgo, en la salud física, psíquica y emocional de un niño, lo tengo que pensar en el caso concreto. No puedo partir de una precisión de riesgo. En el caso del niño no es algo abstracto, que se pueda ponderar sobre la base de estereotipos. La Corte se basa para fallar, en evaluaciones de estudios psicológicos y psicoanalíticos, que avalan su postura.

Desde el Psicoanálisis se advierte que no existe ningún perjuicio en el desarrollo emocional del niño, por la acción de padres del mismo sexo. También se parte que de

cualquiera que sea la orientación del padre, esto no obsta para que sean aptos para la crianza de los hijos, para fijar los roles independientemente del sexo.

Y una cosa muy interesante, uno de los argumentos centrales, termina atacando qué pasa con la adopción parejas del mismo sexo, las parejas homo afectivas, los niños y la discriminación social. La “Corte” es clara en esto, no utilicen el argumento de la discriminación social, porque el Estado no puede perpetuar una discriminación justificando que un chico va a ser discriminado. No puede avalar la discriminación, sino generar las herramientas para combatirla y enfrentarla.

Estos serían un poco los parámetros que dio “La Corte Interamericana”. Lo resalto porque es un fallo que marca un quiebre. Y a partir de acá es difícil que, al menos expresamente, un juez pueda sostener en la Argentina, que los homosexuales no están aptos para criar un hijo. Aunque algunos piensan que no están aptos. Son niveles de análisis completamente distintos. No lo pueden poner en una sentencia. Pero sigue existiendo este prejuicio.

Por eso digo que un desafío, es estimar desde la práctica, cómo hacemos para que eso que está instalado en el discurso de la legislación, se pueda instalar en la práctica.

Lo que pasa es que la ley del matrimonio igualitario ha equiparado, en vez de decir marido y mujer, dice cónyuge. Pero el Código civil parte de una familia heterosexual. Las normas vinculadas con la filiación, que surgen de él, son para una pareja heterosexual, que puede procrear naturalmente.

Acá aparecen muchísimos conflictos. Uno que pasa con las parejas no son casadas. Es un tema, porque si tiene un hijo con alguien y no esta casado, lo reconoce y no hay problema. Pero las parejas no casadas que acceden a la filiación, con técnicas de reproducción asistida, pueden tener varios inconvenientes. Incluso en muchos casos se visualiza que el proyecto parental, ni siquiera es de a dos. Eran cuatro.

Hay muchos casos donde hay parejas de mujeres y parejas de varones, que de a cuatro deciden asumir un proyecto parental compartido. Esto pone en crisis todo el sistema filial. Cómo el sistema que esta pensado de manera binaria: mamá-papá, ahora con el matrimonio igualitario le sumamos: mamá-mamá, papá-papá. Con los nombres, ¿los seguimos llamando madre, padre? El Derecho no llama madre, a la segunda mujer. Sin embargo en lo social, a las dos mujeres se las llama madres.

Y cuando uno va a la partida de nacimiento, se trató de superar con: “hijo de”. Se ha unificado en todo el país, para evitar hablar de madre-padre. Como podemos hablar de la preferencia materna, si ya no hay más madre. No se sostiene la preferencia materna, si para los heterosexuales.

Qué pasa cuando se suman más personas en la procreación. Y cuando hablamos de procreación asistida siempre hay más de dos. Siempre no. La que es homóloga es fácil, no nos preocupamos. Si yo con mi marido no puedo tener hijos, hacer una fertilización asistida con material genético de él, al Estado no le importa. Para el Estado no hay conflicto. Para el Derecho no hay conflicto, es un hijo biológico de ambos.

Pero cuando en la filiación interviene -en parejas del mismo sexo es obviamente inevitable- más de una persona, tenemos tres, cuatro o cinco; cómo se determina la filiación de ese niño. Podemos seguir sosteniendo que la filiación necesariamente debe ser binaria o, quizás en cien años, estamos hablando de otra cosa. Y esta es una cuestión que deberíamos pensar.

El proyecto del código civil es supermoderno. Admite todo menos la poligamia. Es lo más amplio en cuanto a la acepción de la idea de familia. Ahora repite, expresamente lo dice, que la filiación es binaria. Esto me ha llevado a pensar, cuánto tiempo se va a sostener o si nosotros vamos a seguir pensando en que el acceso a la filiación, tiene que asemejarse a lo que es natural.

Dos personas del mismo sexo que accedan a filiación, van a necesitar material genético de otros. Sin embargo quieren hacer como que esto no existe. Como que otro no participó. No existe ese tercero. Seguimos reproduciendo el sistema de filiación binaria y partimos de esta base. No es lo mismo. Lo mismo en la adopción. No es mejor ni peor, es distinto.

Si seguimos con esa idea y equiparamos, no asumimos las diferencias.

Eso que haya cuatro personas en un proceso parental, existe en la práctica. En Córdoba, en el año 2010, un poco antes de la ley de matrimonio igualitario, se planteó un caso. Eran dos mujeres y dos varones que estaban en pareja, amigos; querían tener un hijo en común y criarlo los cuatro. Acceden por una fertilización casera, se inyecta material genético del varón y queda embarazada. El señor que donó su semen lo reconoce como su hijo, la mujer que da a luz es la madre, la otra mujer es una comadre, en lo afectivo es la que asumió con la otra mujer la maternidad y el otro también es el co-padre.

Fantástico todo, hasta que las dos mujeres se pelean. El problema es que a la otra mujer que funcionaba como co- madre, un rol en igual de condiciones, no se le permite ver al chico. Y jurídicamente no tiene ningún vínculo con ese chico. Lo crió durante cuatro años, el chico la quiere, asumió las responsabilidades, todos los derechos y deberes parentales y jurídicamente no es nadie. No hay una relación de parentesco desde lo jurídico.

Entonces que ocurre con esto. La jueza habla, de una manera muy inteligente, de un vínculo de parentesco socio-afectivo y que si bien jurídicamente para el niño no es nadie, en los hechos es su madre y que se ha comportado como tal. En esos términos establece un régimen de comunicación con este niño, que es equiparable al que se le otorga a un padre.

Otro caso de dos mujeres, que le piden a un señor que done material genético. Las mujeres lo crían, pero este hombre tiene contacto con el chico. Después de un tiempo una pareja de amigas de las que se fertilizaron, le piden a la pareja del señor que done material genético. Pasa un tiempo y la primera pareja le pide, ahora la pareja de este señor, que doné material genético. Con lo cual hay dos señores, con tres hijos, con dos parejas de mujeres. Y qué hacemos con esto. Hay proyecto parental. De hecho los hijos tienen vínculo con los dos varones. Cuando se pelean piden régimen de comunicación para los tres hijos.

Lo interesante es que están involucrados en un proceso parental...

El gran vacío es la falta de regulación en materia de fertilización asistida. Falta la regulación que hace, que si voy a una clínica y me fertilizo con semen de un donante, para el Derecho argentino, si uno va lo estrictamente legal, biológicamente el padre es el donante. Si le hago un juicio de filiación al donante anónimo, lo gano.

Si voy a la letra de la ley. Este es un gran vacío legal. Este es el problema de mínima. Ni que hablar cuando estamos hablando de técnicas complejas. La maternidad subrogada o gestación por sustitución, fecundación postmortem. La posibilidad que fallezca su marido o su pareja, incluso del mismo sexo, y pretenda que se fertilice o se implante un embrión congelado de su marido muerto.

Es una cuestión compleja, sobre la cual el Derecho se tiene que expedir. Miramos para el otro lado, pero las cuestiones se plantean.

Otra si los embriones son personas. Cuestión que me ha artado, porque el Derecho se cree que puede definir que es o no persona. Es un corte arbitrario. Tiene que

tomar una decisión. Tiene consecuencias en cómo voy a regular. Porque tiene un tratamiento diferente. Porque implica que si lo considero persona, todos los embriones congelados deberían ser implantados, para que sobrevivan.

Esto llevaría a que si me separo y tengo cinco embriones criocongelados, le pida al juez que me los implante. Esto ocurrió. Un fallo de la cámara civil, ordenó a una pareja que tenía un hijo por fertilización asistida y cinco embriones criocongelados, que se separan. La mujer pide que se los implanten. El marido se niega, pero no pide la destrucción de los embriones. Pero la Sala dice que como la vida humana existe desde la concepción, se trata de personas y la mujer tiene derecho a implantárselos.

Recordemos que como no hay regulación sobre la fertilización asistida, ese hombre es el padre de esos cinco hijos. No sólo eso, sino que debe alimentos. Falló porque no prendió ninguno de los cinco.

Tenemos problemas de debate jurídico. El primero para mí, es que no encontramos con esto y hay una paradoja inmensa. Desde hace años venimos sosteniendo identidad ligada a lo biológico, el derecho a la identidad vinculada a la verdad biológica. Todas las normas de filiación en la Argentina, desde el 85 en adelante, propenden equiparar la filiación jurídica con la verdad biológica. La filiación como un fenómeno jurídico, coincide con la realidad biológica. Que lo chicos llamen papá a su papá biológico.

Este es el gran objetivo que en su momento tuvo, en 1984, cuando se modifica el Código Civil. La jurisprudencia lo ha reforzado los últimos veinte años. ¿Esta legitimada la madre para impugnar la paternidad de su marido, cuando no es el padre? Lo importante es que el chico tenga una filiación, que concuerde con su realidad biológica.

Es un paradigma muy fuerte en nuestro país, con nuestra particular historia. El tema de los desaparecidos.

La necesidad de legislación para la fertilización asistida, plantea dar vuelta ese paradigma. Ya el dato genético no puede ser un dato terminal a la hora de establecer filiación. La identidad no es sinónimo de dato genético. No por lo menos solo de eso. La identidad es una entidad mucho más amplia y que se nutre de muchos elementos. Es interesante que la filiación, fuera de la legislación de la adopción que la tenemos más incorporada, uno empiece a replantear esa idea de filiación sinónimo de lo genético.

Porque cuando hablamos de fertilización asistida heteróloga, con material genético de un tercero, el elemento para determinar filiación no es el dato genético sino el volitivo. Es la voluntad es lo que llamamos la voluntad procreacional.

Ya no tenemos dos fuentes de filiación, la vinculada con lo genético; la vinculada por la adopción. Hay una tercera fuente que es la voluntad procreacional; es la filiación por técnicas de fertilización asistida. Que es diferente a todo lo que nosotros conocemos.

Es diferente a la que es por naturaleza, al acto sexual que lleva a la procreación. Es diferente a la adopción, ligada a un niño que ya existe y que tiene derechos. Que esta pensada para darle una familia a un niño, aunque después opere distinto en la práctica.

Cuando pensamos en la fertilización asistida y en la voluntad procreacional, no esta mirando al niño, centramos la mirada en el adulto. Porque el derecho ya no es del niño a la familia, sino del adulto a formar una familia. Hemos debatido mucho, si existe un derecho a ser madre o a ser padre, jurídicamente. Hemos sostenido jurídicamente que no. Porque no existe un derecho a ser madre o a ser padre, porque no existe un derecho al hijo. Porque el Estado no me tiene que garantizar un hijo, sino que a cada persona que quiera adoptar pueda hacerlo.

Me puedo querer casar, pero el Estado no me lo tiene que garantizar. Una cosa es el deseo, pero el Estado no me garantiza un hijo, si que pueda acceder en condiciones de igualdad a la filiación. Es un debate totalmente superado. Porque si hay un derecho, hay un deber.

Ahora si voy a fertilización asistida, no hay un derecho al hijo, ni un derecho a ser padre. Pero ¿no hay un derecho a intentar procrear? O solamente hablamos de un derecho a formar una familia. Para mí hay un derecho a intentar procrear. No es un derecho que este en el orden de los instrumentos internacionales de los derechos humanos o en la Constitución. Pero si los derechos humanos hablan de salud sexual y de procreación responsable.

Y se habla mucho del derecho al acceso a los medios técnicos, para poder procrear, para mejorar la calidad de vida. El acceso a la tecnología es un derecho, el acceso a la salud sexual y a la procreación responsable es un derecho, el de formar una familia también lo es. Y un aspecto es intentar procrear.

Pero hay un derecho a intentar procrear, que no es sólo el derecho de acceder a la tecnología. Porque ella es un medio para un fin determinado. Y el fin es intentar

procrear. Desde el momento que en la Argentina existe una ley, que garantiza el acceso integral de todos -mujeres, hombres, personas solas, parejas del mismo o de distinto sexo, casados o no casadas- a la cobertura gratuita de un tratamiento de fertilización, hay una ley que me esta reconociendo el derecho a intentar procrear.

Porque se reconoce el acceso integral, en igualdad de condiciones, a la técnicas de reproducción asistida, no solamente porque se reconoce el problema de la esterilidad como enfermedad. Esto esta superado, para las parejas que no pueden procrear naturalmente. El derecho involucrado es el derecho a la salud.

La esterilidad no es un argumento para una persona sola, para acceder a la fertilización. Ni tampoco para una pareja del mismo sexo. Hay otro derecho involucrado. Desde el momento en que tengo esta ley, tengo este derecho.

A mi me molesta porque hay mucha hipocresía. Se insiste con el interés del niño. El niño no existe. Lo voy a tener después. Si lo tengo debo resolver el conflicto. Si se regulan las técnicas de fertilización, no se regulan solamente por el niño. Si importa lo que le va a pasar, si no va a tener una filiación indeterminada, porque no va a corresponder con la voluntad de procrear y no va a ser coherente con su verdadera identidad en sentido amplio. Tengo que dar una solución para el niño que ya existe.

Pero si regulo la fertilización, no tengo que pensar solo en el niño que ya existe, pienso en los adultos. Por eso es distinto a la adopción.

Si avanzamos en la complejidad de los temas, hay muchas cuestiones a discutir. Una gran cuestión, que me tortura porque estoy claramente en minoría, es que pasa con el tema del donante anónimo. Si se puede o no sostener el anonimato.

En el Derecho comparado existen distintos sistemas. En general y en un principio, cuando empiezan a surgir las técnicas de fertilización asistida, realmente se va por el anonimato del donante. O sea la responsabilidad de legislación prohíbe que uno tenga acceso a la identidad del donante. Quiero hacer una aclaración, no implica tener acceso a al identidad del donante que haya vínculos filiales. Son dos aspectos distintos, como son distintos en materia de adopción.

El padre-madre, padre-padre, madre-madre, del niño que nace por reproducción asistida, es para todo el Derecho, incluso el universal, es el que manifiesta su voluntad procreacional. El que manifiesta este consentimiento informado, por el cual asume su intención de tener un hijo por estas técnicas. No importa el caso genético.

Así como es universal la suposición de paternidad del marido, es universal que en las técnicas de reproducción asistida, el vínculo filial se establece a partir de esa voluntad.

Ahora es un aspecto de esa identidad, qué pasa con el derecho del niño a saber cuál es su origen. Si se puede hablar de origen. Aquí se dice origen no porque no hubo un acto sexual, una historia previa de quienes concibieron a este niño. O solo una donación de material genético.

Esta bien no hablemos de origen. O tendremos que pensar como lo vamos a llamar. Pero no existe el derecho de un niño a conocer quien es este señor, que donó el material genético. Digo qué peso tendrá en la concepción de una persona, conocer o no conocer. Si yo que no tengo nada que ver con él, nací de esa técnicas. Pensar si es importante para un chico.

Y eso a mí me hace ruido. En general la doctrina sostiene el anonimato. En el Derecho comparado, la mayoría del sistema van por el anonimato. El donante tiene que ser anónimo. Porque sino no habría donaciones de material genético. Se cae todo el sistema. Argumentos de la práctica.

Ahora yo me pregunto los otros países que han abierto el anonimato -cada vez son más- en general vamos a encontrar opiniones que no por eso han disminuido las donaciones de material genético. Como no se genera vínculo, el que va a donar sabe, que cuando tenga diez y ocho años -depende de cada país- el chico va a querer saber quién es y se lo va a consultar a ver como hacen para que lo conozca, sin vínculo filial. Entonces estoy hablando de dos modos. O habrá que pensar en generar campañas para que la gente siga donando material genético, como se donan los órganos.

El problema es que no puedo poner en la misma balanza, el derecho a la identidad del niño vinculado al acceso a quién es, a que va a haber más o menos donación, tengo que priorizar la identidad. Lo que dicen muchos autores del Derecho, es que no es importante saber quién es el donante; porque no es lo mismo que el origen en la adopción, porque no hubo una historia previa.

No lo sabemos. Por ahí hay gente para la cual no es importante y otra para la que sí es importante. Quienes somos para decir lo que es importante. El proyecto de reforma toma una solución intermedia; en general no admite levantar el anonimato del donante. Uno no puede ir al centro médico y preguntar quien fue el donante. Pero salvo que haya razones médicas. Permite que excepcionalmente puedan ir al juez, por razones

justificadas. No comparto, porque siempre es justificado querer conocer la identidad genética, no tiene porque avalarlo un juez. El derecho a la identidad para obtener información.

El otro que para mi es el gran interrogante, es el tema de la gestación por un tercero. Qué hacemos la regulamos o no, seguimos mirando para otro lado, la prohibimos o no. El Derecho comparado reconoce tres sistemas. En general la mayoría de los países prohíben el alquiler de vientres, como contrato gratuito u oneroso. Pero cada vez son más -en esto pasa lo mismo que con el tema del anonimato-, esto esta pasando en el mundo, los países que empiezan a admitir o regular la gestación por subrogación.

Al principio EEUU como contrato oneroso; luego Canadá, Gran Bretaña. Lo empezaron a plantear como un tema no oneroso, no se le pagaba a la mujer para que geste un hijo. ¿Quién lo hace? Salvo por una aptitud muy altruista, por alguien que siente un gran afecto como podría ser una hermana o un hijo -hay mujeres que gestan para sus hijos-. Decimos no al contrato oneroso, solamente gratuito, lo van hacer solo cuando el vínculo es muy cercano.

¿Qué pasa con las relaciones de parentesco? Que pasa con esta abuela, que genéricamente es abuela y que parió a este niño. Es abuela, es madre. A mí siempre me lleva como a algo incestuoso. Y no lo es. Pero es muy raro que una madre tenga un hijo para su hijo. Cómo se definen los vínculos, a partir de esta situación.

Es un gran dilema, porque si nosotros regulamos fertilización asistida, nos queda regularla como un contrato oneroso. Decimos no puede ser. La mujer también se convierte en un objeto de explotación, porque el hijo se convierte en la cosa debida, porque en un país como la Argentina va a ser un negocio, porque se enriquecen los intermediarios, como ocurre en los casos de India.

Una mujer recibe por gestar para otro una suma de dinero, que es el diez por ciento de lo que percibe la agencia, pero es mucho más de lo que gana su marido durante un año trabajando. Si uno va a Formosa o Corrientes y hay chicos que se venden por mil pesos.

Este es un tema de debate. Pero lo regulo como un contrato oneroso, tengo todas estas consecuencias. Luego la cuestión ética y moral, si puedo pagar para que otra mujer geste un hijo. Ahora si lo regulo como un contrato gratuito, quién lo va a hacer. Y cómo

se definen las relaciones de parentesco derivadas de esa concepción, porque lo más probable es que lo hagan parientes.

De aprobarse igual hay mucha resistencia con esto. La experiencia es que en los países donde no se regula, igual lo que hacen las parejas es ir al extranjero a hacer esas técnicas. Y luego pretender que se reconozca la filiación de estos niños en su país.

Pasa en España. Todavía tiene que resolver el tribunal, parejas homosexuales que fueron a EEUU a tener hijos y pretenden que se los inscriba como co-padres de este niño en España. Se agrava el problema porque la nacionalidad se adquiere por la de los padres.

No es que el chico se quede sin identidad. Para EEUU es hijo de Pedro y Juan. España tiene prohibida la gestación subrogada. Es un contrato de nulidad absoluta, no tiene efecto jurídico. Se han encontrado con el problema del turismo reproductivo. Lo va a terminar reconociendo. Ha habido resoluciones del Registro español, que ha terminado reconociendo esto. Lo que la ley prohíbe.

En Francia pasó lo mismo. Lo que pasa es que los franceses son diferentes. No le importa lo que resuelven los otros tribunales. Dijo no y lo sostiene.

¿Qué pasa en la Argentina? Hay muchos casos. Uno fue el de Tobías, los padres -dos varones- habían ido a la India a hacer un contrato de gestación por substitución, con la particularidad que en la India la mujer que da a luz por gestación subrogada, no es considerada la madre de ese niño y el niño tampoco tiene la nacionalidad india. Con lo cual el problema era mucho más grave. Estos hombres querían traerlo a la Argentina y fuera inscripto como hijo de ambos. No lo podían sacar de la India porque no tenía documentación. Para la India no era indio y para la Argentina no era argentino.

Hasta que el Registro civil, por un recurso judicial, no les reconoció que con esto se vulneraba el derecho a la identidad de un niño que estaba por nacer y el derecho a los papeles, no lo podían traer.

Esto se está discutiendo en un proyecto de inscripción registrada de esos chicos, por ese fenómeno. No permitimos, pero la gente que tiene dinero, va a afuera y lo hace.

Igual hay casos sumamente interesantes, donde ya directamente son maternidades subrogadas propiamente dichas. Hay un caso en el Juzgado 36 de Capital, una pareja de distinto sexo que quiere tener un hijo. Supuestamente la masajista, que era la amiga y no recibe ninguna contraprestación, se ofrece a gestar el hijo. El material

genético era del matrimonio, un embrión. El vínculo genético era con el matrimonio, pero la que da a luz es la gestante. Para el derecho argentino la madre es la que da a luz.

¿Qué hacen ellos con complicidad de la clínica? Para el Derecho argentino el niño nace y tiene una madre. Para el derecho francés uno puede negarse a asumirla y la madre es una x, no tiene madre y el Tribunal europeo dijo que eso no afectaba el derecho a la identidad. Uno puede no conocer nunca quien fue la madre. En el derecho argentino es imposible.

La clínica no lo inscribió a nombre de esa mujer. Fueron al juzgado para que se lo inscriba como hijo del matrimonio, porque ambos aportaron el material genético. Hicieron esto porque es mucho más fácil que impugnar la maternidad de la gestante.

El proyecto prevé, como requisitos superpuntuales, es la única técnica de fertilización asistida en la que va a intervenir un juez. Sino hay homologación previa judicial, la maternidad queda determinada por el parto. Segundo es el único caso donde la ley determina, que tiene que ser un mecanismo subsidiario para obtener la filiación.

En todos los demás casos de fertilización asistida, no hay un mecanismo subsidiario. Puedo optar que quiero tener un hijo con mi marido naturalmente o fertilizarme. En este caso tiene que probar que no pueden acceder naturalmente a la procreación, sea porque alguno es infértil; sea porque son pareja del mismo sexo. Se pone especial énfasis en los recaudos. Otro que sea gratuita, que el juez controle que no le pagaron a la mujer.

Eso me molesta como crítica. Me molesta que intervenga un juez, que la mujer no recibió contraprestación, porque hizo una declaración jurada, no tengo manera de averiguarlo. Es una obviedad, porque si recibió una contraprestación no tengo manera de corroborarlo. Estoy avalando algo a sabiendas de que posiblemente la haya recibido.

Además ¿Qué es una contraprestación? ¿Le puedo pagar algo a la gestante? Todos los ordenamientos del mundo hablan de algún tipo de resarcimiento. Incluso hay países -como Israel- que hablan del daño moral que le puede producir. No solamente los gastos médicos, puede ir más allá, el lucro cesante, estar sin trabajar.

Otro requisito es que la mujer gestante -esto es bien importante- no tenga ningún vínculo genético, el ovulo no puede ser de la mujer gestante. El ovulo puede ser de los comitentes -los que contratan- o de un donante. Nunca de la gestante, para evitar que el niño nacido tenga más cantidad de vínculos con esta mujer, para evitar arrepentimientos.

Paradoja, si en la fertilización asistida la fuente de filiación es la voluntad procreacional, acá vuelve a dársele trascendencia al dato genético. Y si al menos -dice- alguno de los dos comitentes aporte su material genético. Tiene que haber un vínculo con al menos uno de los dos. También volvemos a la importancia de lo genético.

Que la mujer que se somete a esa técnica, la gestante, haya tenido al menos un hijo propio; para que haya pasado por la experiencia de la maternidad, para evitar de nuevo arrepentimientos. Y que no se someta a esta técnica más de dos veces. Con lo cual debería haber un registro de mujeres gestantes nacional, como en Méjico.

Estos serían los requisitos, para darle como una mayor garantía. Si no pasa por todo esto, no puedo tener un hijo por gestación subrogada.

NOTA: Ciclo de Invitaciones "Otras Voces".

Dirección: *Miriam Fratini, Gabriel Levy y María del Rosario Ramírez.*

Agradecemos la desgrabación a Cristina Denicola

Corrección y revisión: *Raquel De Maestri y Silvia Fratini*

Establecimiento del texto final: *Maria Victoria Famá.*

Cuidado de la presente edición: *Raquel De Maestri*

Asesoramiento: *Miriam Fratini y Maria del Rosario Ramírez.*

Coordinación general: *Miriam Fratini.*