

Patria potestad ~ Contenido ~ Derecho de visitas

Autor: Perez, Agustina

Título: ¿Los tuyos, los míos y los nuestros? Un caso de familia ensamblada no tradicional

Fecha: 2013-06-01

Fallo Comentado: Tribunal Superior de Londres ~ 2013-01-31 ~ S. v. D. y E.

Publicado: RDF 2013-III-211

Sección: JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

(*)

I. Introducción

El presente artículo se propone hacer un breve comentario al novedoso fallo londinense "S. v. D. y E. s/G.", del 31/1/2013, en el cual se le otorga derecho de visitas (o contacto en los términos de la sentencia) a dos hombres —que a su vez son pareja— que aportaron material genético —esperma— para que dos parejas de mujeres pudieran inseminarse y formar una familia. A lo largo de éste se pretende hacer un paralelismo entre los conflictos surgidos en el caso, la falta de regulación al respecto en la Argentina y la necesidad de un ordenamiento legal que venga a orientar la temática para dar seguridad jurídica a todas las partes intervinientes, desde padres, donantes, clínicas y, por supuesto, los niños nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). En este contexto, se hará especial mención a la propuesta realizada en 2012 por un prestigioso grupo de profesionales del derecho a través del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Argentina (en adelante, Proyecto).

II. Breve mención de los hechos

El caso se trata de dos parejas de mujeres identificadas como E. y D., por un lado, y X. e Y., por el otro, y una pareja de hombres, identificados como S. y T.

S. y T. eran amigos de E. y D., que querían tener un hijo, pero consideraban que, en vez de un donante anónimo, querían alguien más cercano para que el día de mañana sus hijos pudieran saber quién había aportado el material genético y, al mismo tiempo, tener, por así decirlo, más información para brindarle a los niños. Así fue como le propusieron a S., que era amigo de D. hace varios años —y que vivía apenas a cien metros del hogar de D. y E.—, ser el donante para concretar su proyecto. Luego de hablar de esta proposición con T., S. acordó realizar la donación. Entre tanto, E. sería la madre biológica y quien llevaría adelante el embarazo. Las partes acordaron no recurrir a un centro de fertilización sino llevar a cabo el procedimiento de manera privada (autoinseminación). Producto de dicho acuerdo nació una niña identificada en el caso como F., que nació el 28/12/2008. Dos años más tarde, vuelven a realizar el mismo procedimiento: una vez más, S. dona esperma y E. es nuevamente la madre genética y portadora. Fruto de este segundo intento nace, el 1/9/2010, un niño identificado como G., quien nace con la nueva Ley de Embriología de Inglaterra —tema que retomaremos más adelante—.

Al mismo tiempo, una pareja de mujeres, amiga de E. y D., identificadas como X. e Y., al ver el "éxito" de aquéllas deciden solicitarle a la pareja de S. y T. su colaboración para llevar a cabo el proyecto. Esta vez, el donante es T. y X., la madre genética y portadora.

Hasta aquí lo único de común acuerdo. El problema se basa en la supuesta existencia de un acuerdo no escrito en el cual las parejas femeninas aseguran que habían acordado que los donantes fueran meros donantes y no padres propiamente dichos, mientras que la pareja de S. y T. niega que tal acuerdo haya existido y lo haya sido en esos términos —a los cuales ellos califican como "fríos"— asegurando que, de haber sido tales, no hubieran aceptado.

Según los relatos del fallo, efectivamente existió algún tipo de relación entre los niños y los donantes, aunque la calidad y la frecuencia de ésta difiere según se le pregunte a las parejas de mujeres o a S. y F. El conflicto surge cuando, según aquéllas, S. y T. comienzan a asesorarse legalmente y exigir mayores derechos sobre F. y G., por un lado, y Z., por el otro, inmiscuyéndose en las familias conformadas por D., E., F. y G. y X., Y. y Z.

Las actuaciones llegan a los estrados judiciales cuando, ante la negativa de las madres de F. y G., S. no puede ejercer su pretendido "rol parental". Situación similar acontece en el caso de T. con la pareja de X. e Y. en virtud del niño Z. No debe perderse de vista que se trata de dos procesos distintos, sometidos primero a

conocimiento de dos jueces y, dada su inequívoca conexidad, fueron oportunamente unificados y resueltos por un mismo magistrado.

Según S., habían acordado que él cumpliría un rol en la vida del niño que naciese y que sería conocido también como padre. Lo mismo sucede con T. pero en circunstancias un poco más estridentes. Si bien los hechos, como en todos casos, son controvertidos, esta sentencia no entra en cuestiones de fondo por razones procesales propias de su sistema y de la acción entablada. Las tres parejas difieren en cuanto a la regularidad y el tipo de contacto ejercido entre sus hijos y S. y T., pero lo que es indiscutido es que, en mayor o menor medida y calidad, consintieron el contacto de los niños con los donantes. Al mismo tiempo, es innegable el hecho de que aun estando estas parejas de mujeres plenamente autorizadas a recurrir a un donante anónimo, eligieron deliberadamente una pareja conocida, también conformada por personas provenientes de su colectivo, para que las ayudaran a concretar su proyecto parental. Dadas estas circunstancias, el juez determina que S. y T., sin bien no son padres legítimos o legales (pues los únicos padres —en plural— serían las comadres), sí tienen derecho a contacto (en la Argentina lo denominaríamos visitas) con los niños, sosteniendo que las parejas E. y D. y X. e Y. habían tenían el camino del anonimato y, sin embargo, no lo eligieron, y, lo que es más, en el caso de la primera pareja volvieron a elegir a S. para que aporte su material genético para tener niños que fueran, en el sentido genético, plena e indubitavelmente hermanos. Así, el juez considera que parte del ejercicio de la paternidad responsable por parte de las comadres es permitir la vinculación de sus hijos con su padre biológico deliberadamente elegido por ellas.

III. Regulación de las TRHA en Inglaterra y su incidencia en el caso particular

Es preciso establecer que, si bien la legislación inglesa no permite el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, desde 2004 (1) les da a éstas la posibilidad de conformar una unión civil mediante la cual aquéllas obtienen los mismos derechos y responsabilidades que en el matrimonio. Es decir, existen en el país del antiguo continente dos instituciones de distinto nombre, con igual categoría, según sean parejas de distinto o igual sexo (2). Por otro lado, según la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008 (3), madre es la que lleva el niño en su vientre (art. 33[1]) y, en el caso de uniones civiles, comadre será la mujer con quien conforme la unión civil a menos que ésta demuestre que no ha consentido la inseminación o la implantación del embrión en su compañera (art. 42[1]) (4). Es decir, se aplicarían, en principio, las mismas presunciones que en la filiación biológica que conocemos en la Argentina (5). Incluso, sería equivalente a las parejas que no estuviesen en unión civil, siempre que el tratamiento se hubiese llevado a cabo en un centro autorizado de fertilización, que no haya padre propiamente dicho y que la segunda mujer esté de acuerdo, es decir, cuando ha dado su consentimiento expreso en el centro de salud para ser tratada como comadre (arts. 43 y 44, respectivamente). La legislación deja bien en claro que en todos los casos descriptos, siempre que se reúnan todas las condiciones establecidas por los artículos, ningún hombre será tratado como padre (art. 45). Lo mismo para la mujer que haya donado óvulos (art. 47). Padres son, según esta ley, los/las que consintieron serlo y no los/las que aportaron material genético sin ser integrantes de la pareja, cuestión que se refuerza en el art. 48.2.

Los niños G. y Z. son nacidos en uniones civiles de mujeres y bajo esta nueva legislación son hijos legítimos de D. y E., por un lado, y de X. e Y., por el otro.

Lamentablemente, no sucede lo mismo con la niña identificada como F., quien nació en una pareja conformada por dos mujeres, sin unión civil y bajo otra regulación, la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990 (6). Según esta normativa, madre es la que da a luz al niño (madre cierta es, art. 27). Sin embargo, no establece derechos para parejas del mismo sexo, pues la regulación se limita a incorporar normas en beneficio de parejas heterosexuales (unidas en matrimonio o no) que tuvieran hijos mediante reproducción asistida. La sentencia explica que "la limitación de estas disposiciones a las parejas heterosexuales debe atribuirse a la importancia que se da a los valores de la familia 'tradicional', lo cual se refleja también en la disposición que impuso como condición, al concederse habilitación a una clínica que brinde tratamiento, la obligación de no dar tratamiento a una mujer sin tener en cuenta la necesidad del niño de tener un padre" (párr. 66). En estos términos, S. es padre legítimo de F. y, por lo tanto, según las consideraciones realizadas por el juez, aquél tiene derecho a ejercer su responsabilidad compartida con la madre de F. Dejaré las condiciones particulares (y diferenciadoras) a las que arriba el juez en este caso para las consideraciones finales, en las cuales me permitiré un humilde juicio de valor al respecto.

IV. Paternidades, maternidades y filiación en la Argentina

Actualmente, el Código Civil vigente regula sólo dos de los tres tipos de filiación que de hecho existen. Regula la filiación biológica propia del acto sexual y la adoptiva, quedando la filiación producto de las TRHA (en todos sus tipos) condenadas por las tinieblas producto de la falta de regulación legal.

Pero ¿qué sucedería si este planteo se hubiera realizado en la Argentina ya contando con un nuevo Código Civil en los términos que se propone en el Proyecto de reforma de 2012? El Proyecto dedica todo el título V del libro segundo a la filiación. En su primer artículo, el 558, comienza estableciendo (y diferenciando) las tres fuentes de filiación. Así, construye tres fuentes filiales: la que tiene lugar por naturaleza (o biológica, que deriva del acto sexual), la que tiene lugar mediante TRHA y la que surge de la adopción. Las tres surten los mismos efectos.

A su vez, establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. De esta manera, se evitan problemas como los que se plantean en el fallo en comentario.

Así, a lo largo de este título establece requisitos, características y reglas propias de cada fuente filial, no porque los niños sean distintos sino, justamente, porque se trata de institutos distintos que requieren normas propias y específicas, para asegurar al máximo los derechos de los niños.

En este sentido, autoras de irreprochable autoridad en la materia como Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, entre otras, establecen que de hecho existen —y debe regularse— estos tres tipos de filiación: por naturaleza (derivada del acto sexual), adoptiva y por TRHA (en esta última prima el factor volitivo, "la voluntad de ser padres" o "voluntad procreacional" —en los términos del Proyecto de reforma del Código Civil—, disociándose la reproducción del acto sexual) (7). En este sentido, Herrera y Lamm destacan que "la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida o TRHA con entidad, autonomía y reglas particulares que nacen, básicamente, de tener una causa fuente independiente y que funda esta fuerza que la hace ser un tercer tipo filial: la voluntad procreacional y su correspondiente exteriorización a través del consentimiento informado" (8).

Estas autoras han insistido en la existencia de tres tipos de identidad: biológica, genética y volitiva. En las TRHA, el elemento clave es el volitivo. Por esa razón se establece claramente que el donante no es padre sino meramente donante anónimo. Lo que importa es la identidad volitiva por sobre la genética. El donante no tiene voluntad de ser padre sino de donar (9). En cambio, los padres (incluyendo en este colectivo las parejas de diverso o igual sexo y también las mujeres y los hombres solos) sí tuvieron la voluntad de ser tales, no sólo porque evidentemente "buscaron" serlo sino porque expresaron esa voluntad en un instrumento jurídico como es el consentimiento informado.

Ésta es la clave para comprender las TRHA y su eje central, que es la autonomía de la voluntad y la voluntad procreacional debida y, por supuesto, libremente expresada como exaltación de aquella cuando de filiación hablamos, que debe renovarse cada vez que se realiza un tratamiento que involucre embriones o gametos según lo establece el art. 560 del Proyecto.

La voluntad procreacional es pues el corolario de las TRHA, que "han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad", así "la reproducción es posible sin contacto sexual, consecuentemente, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético ni lo genético comprende siempre lo biológico. Y esta afirmación se puede corroborar fácilmente tras la sanción de la Ley 26.618 y la consecuente visualización acerca de la cantidad de niños que nacen en el marco de parejas del mismo sexo que ya hoy permite visualizar el derecho" (10).

Lo que se busca, entonces, es abandonar el reduccionismo clásico impuesto por normas legales demodé que nos rigen y que se basan en pautas genéticas y/o biológicas y, en cambio, resaltar la importancia del vínculo socioafectivo y la voluntad procreacional.

En concordancia con la propuesta argentina, en el fallo se establece específicamente que existen "al menos tres formas en las que una persona puede ser o transformarse en un padre natural del niño, cada una de las cuales puede ser un factor muy significativo para el bienestar del niño, dependiendo de las circunstancias de cada caso particular" (consid. 33). "La primera es la paternidad genética: el aporte de gametos que genera al niño... [La] segund[a] es la paternidad gestacional: la concepción y crianza del niño... La tercera es la paternidad social y psicológica... Padre psicológico es quien, mediante continuos y diarios interacción, compañía, juegos y actividad mutua, cubre la necesidad psicológica que tiene el niño de tener un padre, así como las necesidades físicas del niño. El padre puede ser biológico, adoptivo, de crianza o de hecho" (consids. 33 a 35).

En esta línea se ubica también el Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los Problemas Derivados de las Técnicas de la Procreación Artificial, realizado en Estrasburgo por el Consejo de Europa en octubre de 1984, en cuyo art. 1° se establece que "donante de gametos significa aquella persona que dona sus gametos para que los utilice un tercero", es decir, el donante es meramente donante y no padre. Luego, continúa en su art. 8° que

la clínica deberá "mantener el anonimato del donante", así como también resguardar "la identidad de los miembros de la pareja así como del hecho de la procreación artificial".

El art. 9° de este informe refleja claramente la línea adoptada por el Proyecto argentino. Veamos. Esta disposición expresa:

"Artículo 9°.— 1. Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo de conformidad con esta recomendación, el niño será considerado por la ley como el hijo de la mujer que le hubiese dado a luz. Si la mujer estuviese casada, el cónyuge estará considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimación del niño por el solo hecho de la procreación artificial.

"En el caso de una pareja no casada, al compañero de la mujer que hubiese consentido no se le permitirá oponerse a la institución de los derechos y deberes paternos en relación con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial.

"2. Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño" (11).

Nótese que el art. 9° debe extenderse en favor de parejas del mismo sexo de acuerdo con la legislación argentina y el principio de no regresividad de los derechos sociales que manda el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enumerado en el art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución, que, como todos sabemos, integra el núcleo de constitucionalidad de nuestro país. Finalmente, en el art. 12 establece que la donación será altruista y por tal no recibirá remuneración alguna pero que podrán cubrirse los gastos en que se incurra a partir de ella.

Mediante entrevistas a profesionales del campo de la salud reproductiva e incluso a abogados de las clínicas de reproducción desarrollada por, y gracias a, el Proyecto de investigación UBACyT "Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y derechos humanos", programación 2011/2013, dirigido por la Dra. Marisa Herrera, en el cual tengo el agrado de participar, se ha podido observar que, con una abrumadora mayoría, tanto médicos como abogados se inclinan por el anonimato del donante por diversas razones pero, entre ellas, porque aseguran que el donante, ya sea hombre o mujer, no llega a la clínica por un deseo de ser padre sino simplemente de donar para ayudar a otros a alcanzar su deseo de formar una familia, y una manera de evitar futuros conflictos de diversa índole es asegurarles a los donantes que su aporte será anónimo. Es, ante todo, una cuestión cultural. Quizá, con el paso del tiempo, el anonimato pueda verse modificado restableciendo las reglas de juego para una nueva sociedad culturalmente renovada (12).

Afortunadamente, en este fallo queda fuera de discusión la "validez" de los distintos tipos de familia que existen hoy en día y que pueden, de hecho, conformarse. Así, el juez londinense deja muy en claro que "las formas alternativas de familia sin padres varones alcanzan para satisfacer las necesidades de los niños" (13).

V. Donación de gametos en la Argentina. Entre los hechos, la práctica y la ausencia de regulación legal

A continuación se hará una breve referencia a la situación real que acontece en nuestro país. Dejando de lado moralismos que no llevan a ninguna parte y que, sinceramente, deben reservarse para cada uno y no intentar imponerse como imperativo legal, lo cierto es que este procedimiento —el de donación de gametos masculinos (14)— está al alcance de un clic para cualquier hombre que desee donar y para cualquier pareja (de igual o distinto sexo) o mujer sola que desee buscar un embarazo. Basta con entrar en el buscador Google, tipear "banco semen argentina" para que entre los primeros cinco resultados surjan cuatro centros distintos que funcionan regularmente en la Ciudad de Buenos Aires (15).

En uno de ellos reza específicamente: "Donar es ayudar a otras personas a cumplir un sueño: 'ser padres'" (16). Más gráfico, imposible.

Se les "asegura" a los donantes que este acto será anónimo y que nadie podrá reclamarles la paternidad y que se trata de un acto altruista y que sólo recibirán una compensación por las "molestias ocasionadas" (17). Uno de estos centros aclara que se basa en la regulación española como si con ello pudieran dar más seguridad jurídica en nuestro territorio (18). Ello, porque en nuestro país no existe una regulación de este instituto, lo que empuja a los centros de fertilidad a regirse por protocolos propios siguiendo los lineamientos de las regulaciones de otros países como Estados Unidos, España y Australia, y las diversas recomendaciones de los comités de ética que rigen en el país, a nivel latinoamericano y a nivel internacional.

Pero estos hechos, que demuestran la existencia de las prácticas y los procedimientos necesarios para llevarlos satisfactoriamente a cabo, no son los únicos que aquí interesan. En este fallo, en esta realidad, lo que se evidencia es el peligro que se corre cuando no se realizan las técnicas en lugares acordes, es decir, en los centros de reproducción.

Aquí la pareja londinense optó por una autoinseminación, que es lo mismo que decir inseminación privada, puertas adentro (también conocida como "inseminación casera"). No se recurrió a un centro especializado y se actuó por fuera de él, pero dentro del ámbito de legalidad inglesa en el cual sí se permiten este tipo de prácticas "caseras". Si la pareja hubiese recurrido a un centro de fertilidad y hubiera optado por donante anónimo o, incluso, por solicitar a S. como donante, en la misma clínica se hubieran firmado todos los consentimientos informados necesarios para prevenir este tipo de situaciones. Lo que es más, esta supuesta idea de S. de que él no hubiera accedido a donar de no haber tenido derecho alguno sobre y para relacionarse con los niños, o la pretendida argumentación de E. y D. de que ellas habían dejado las cosas "claras", hubiesen salido mucho antes a la luz evitando inconvenientes imposibles de solucionar una vez en marcha.

En este sentido, el Proyecto propone en su art. 561 que serán padres los que tienen la voluntad procreacional "con independencia de quién haya aportado los gametos".

Se asegura que la voluntad procreacional sea real y efectiva en todo momento, por cuanto se debe firmar un consentimiento informando (tan solemne que debe contar con los requisitos necesarios para su posterior protocolización ante escribano público) cada vez que deba llevarse a cabo cada procedimiento que involucre gametos o embriones. El consentimiento debe renovarse en cada oportunidad indefectiblemente. El encargado de recabar estos consentimientos será el centro de salud interviniente (art. 560).

A su vez, asegura los derechos de todas las partes involucradas en el art. 564 de donde se deduce, por un lado, que el donante será anónimo y se establece, por el otro, que quien deberá preservar los datos de éste será el centro de reproducción donde se lleven a cabo las técnicas y preservándose el derecho a la identidad de los nacidos por TRHA, quienes no sólo tienen derecho de saber, por parte de sus padres, cómo vinieron al mundo, sino también de acceder a datos no identificatorios (grupo sanguíneo, historia médica, etc.) cuando hay riesgo para la salud, o incluso la identidad del donante (datos identificatorios: DNI, teléfono, dirección, etc.), en casos debidamente justificados y mediante autorización judicial una vez alcanzada la mayoría de edad.

Una cosa es ser padre y otra muy distinta es ser donante. El o la donante en ningún caso será padre/madre ni tendrá obligaciones ni derechos sobre los niños nacidos. Los niños, a su vez, no tendrán vínculo filial con los donantes acerca de los cuales sólo tendrán derecho a conocer los orígenes tal y como lo prevé el art. 564 comentado en el párrafo anterior.

Sin reglas claras, los principales perjudicados son, como se ha visto en el fallo en comentario, los niños. El Proyecto deja a salvo estas complicaciones estableciendo las reglas de juego claramente, haciendo que se "focalice el concepto de familia en los lazos afectivos y no en el genotipo" (19).

Éste es el quid de la cuestión. Una regulación jurídica acorde sumada a la realización de las técnicas en centros aptos y especializados en la materia nos brinda un ciento por ciento de seguridad jurídica para evitar situaciones como las que acontecen en este fallo y, probablemente, en la vida real de algunos/as argentinos/as.

No se trata de prohibir situaciones que de hecho existen y que traen, por demás, máximas satisfacciones a parejas de todo tipo, incluso mujeres y hombres solos, que buscan formar una familia. Tampoco es una apología en favor de los centros de reproducción desde una intensión comercial. Nada de ello. Es, simplemente, la clave para entender las TRHA, aceptarlas y no dejarse persuadir por temores infundados ni noticias escandalosas, acaso amarillistas.

Los hechos lo demuestran. Insisto, una vez más, urge una regulación sincera y comprometida que asegure que estas prácticas se realicen dentro del marco de la legalidad y no fuera de ella, para posibilitar el ejercicio pleno de todos los derechos de cada uno de los habitantes de este suelo.

VI. Consideraciones finales

"A medida que cambian los usos de la sociedad, la ley debe adaptarse a las distintas situaciones de la humanidad" (20). Se estima que en el mundo ya hay cinco millones de personas nacidas por técnicas de reproducción asistida (21), toda la población de la capital de nuestra Nación y más. ¿Vamos a intentar seguir tapando el sol con la mano?

He dicho que dejaba para el final una consideración netamente personal acerca de la resolución del caso por parte del juez londinense con la cual, por primacía del principio de realidad, me veo en la obligación (personal) de diferir.

Me preocupa el tema de diferenciación de la filiación de los niños en este fallo y que, por tanto, el parentesco y las obligaciones derivadas de aquella hagan que F. y G. gocen (o sufran) de una relación distinta con los donantes que, en el caso de F., la obligarían (para bien o para mal) a relacionarla más activamente con los donantes por existir una regulación legal distinta a la que, en iguales circunstancias de hecho, regían al momento de la concepción y nacimiento de G., su hermano "pleno" (biológica y genéticamente). En lo personal, considero desacertada la decisión de diferenciar la filiación de los niños por existir legislaciones distintas al momento de su nacimiento, puesto que esto claramente contraría el tantas veces aludido "interés del niño".

¿Es tolerable respetar a rajatabla los imperativos legales existentes en este caso, máxime existiendo dos niños que, sin haberlo elegido, son involucrados forzosamente en esta disputa legal? Porque si bien es cierto que según los argumentos esgrimidos por el juez existen dos legislaciones distintas que darían lugar a dos situaciones fácticas diferentes, ello sólo lo es desde un punto estrictamente legal y positivista pero, a los fines prácticos, considero que es mucho más complejo y debe analizarse en pos —y para el mayor beneficio— de los niños. Son hermanos "plenos" (según el mismísimo término empleado por el juez), mismas comadres, mismo material genético, misma portadora, pero uno va a llevar el apellido del padre/donante y está "obligado" a tener una relación, al mismo tiempo que su hermano esta "imposibilitado" de iure (pero no de facto) de gozar de los mismos derechos que su hermana. ¿Por qué su hermana va a tener que llevar forzosamente el nombre del supuesto "padre" y verse compelida a tener una relación con él cuando su hermanito puede vivir en "armonía" con quienes tuvieron la voluntad inequívoca de ser comadres? Es mucho más complejo que una cuestión de estricta legalidad y optar sólo por ella implica caer en factores de discriminación intolerables hacia los menores.

Las cuestiones desarrolladas a lo largo del presente artículo no hacen más que evidenciar la necesidad de una regulación exhaustiva en esta materia que no prohíba — los hechos demuestran que de nada sirve optar por ese camino— sino que acompañe a la sociedad y regule consciente y responsablemente. Si en un país con larga tradición "progresista", que autoriza temas tan controvertidos en la Argentina como la fertilización post mortem y la subrogación de vientre desde 1990, acontecen estas cosas, no quisiera imaginar lo complicadas que podrían tornarse las mismas situaciones en un país como el nuestro, sin regulación legal alguna, dejando al libre arbitrio del juez de turno la resolución de un tema tan controvertido como el que se debate en autos.

En este sentido, por más reacios que se encuentren algunos académicos a aceptar una reforma legislativa en el campo del derecho de familia, lo cierto es que ésta sería la única capaz de traer un mínimo de seguridad jurídica. Mientras no haya regulación específica, estas situaciones y, por sobre todo, las relaciones humanas en sí mismas, quedarán a merced del Poder Judicial. Algunos jueces, aquellos tildados como "progres" en vez de realistas, harán uso del principio de legalidad y darán lugar a estas nuevas maneras de formar una familia por no existir una prohibición expresa. Otros, en cambio, serán artífices de sentencias basadas en la moral (en su moral), dejando así, en una reprochable zona de inseguridad jurídica, a los ciudadanos argentinos deseosos de formar una familia. Negar, prohibir, restringir son justamente las opciones que no son viables: no se puede negar la realidad. Lo que es justo y democrático es acompañar a las personas, a cada uno de los ciudadanos argentinos, en estas nuevas realidades, dándoles más que seguridad jurídica, la paz que se merecen.

(*) Abogada, Universidad de Buenos Aires. Becaria CIN 2012/2013. Integrante del proyecto UBACyT "Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y derechos humanos", programación 2011/2013, dirigido por la Dra. Marisa Herrera.

(1) Civil Partnership Act 2004, www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents (17/4/2013).

(2) Aun así, el Reino Unido cuenta con un proyecto para legalizar el instituto del matrimonio también para las parejas del mismo sexo. El Marriage (Same Sex Couples) Bill fue presentado el 24/1/2013 y aprobado por la Cámara de los Comunes (House of Commons) el 5 de febrero del mismo año; cfr. "British House of Commons Approves Gay Marriage", *The New York Times* del 5/2/2013, www.nytimes.com/2013/02/06/world/europe/britain-gay-marriage-vote.html?_r=0 (17/4/2013). Ahora sólo resta que pase a votación a la Cámara de los Lores (House of Lords). Según informa el diario argentino La Nación, "el proyecto de ley prevé legalizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y permitir la celebración de bodas religiosas a las confesiones que deseen hacerlo, con la excepción explícita de las Iglesias de Inglaterra y de Gales oficiales. La legalización de los matrimonios homosexuales, una promesa de campaña de los liberal demócratas"; cfr. "Avanza la ley de matrimonio gay en Gran Bretaña", *La Nación* del 5/2/2013, www.lanacion.com.ar/1552200-avanza-la-ley-de-matrimonio-gay-en-gran-bretana (17/4/2013).

(3) Human Fertilisation and Embryology Act 2008, www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents (17/4/2013). Nótese que esta legislación entró en vigor en todos sus articulados recién en octubre de 2009.

(4) Nótese que la legislación inglesa utiliza el término parenthood y parent, cuya traducción al español equivaldría a paternidad o padre, respectivamente, con independencia del sexo de aquéllos y sin por ello resultar en discriminación o contradicción gramatical, pero cualquier duda debe interpretarse a la luz del art. 53, que elimina cualquier tipo de incertidumbre al respecto. En este artículo se utilizarán los términos comadre y copadre con la intención de adaptar la traducción a los usos de nuestro idioma.

(5) Madre cierta es art. 242, CCiv., y arts. 243 y 257, del mismo ordenamiento, para el marido o concubino respectivamente, artículos que son (y deben ser) equiparables a las parejas del mismo sexo, dado que desde hace dos años tenemos Ley de Matrimonio Igualitario 26.618.

(6) Human Fertilisation and Embryology Act 1990, www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents (17/4/2013).

(7) Las autoras han sido insistentes en estos términos en todas sus disertaciones y artículos doctrinarios. Además, de la lectura del Proyecto de reforma, en su articulado y su expresión de motivos se recomienda la lectura de los siguientes artículos doctrinarios sobradamente ilustrativos en el eje triangular filiación-homoparentalidad-TRHA, escritos por estas tres autoras en conjunto: "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL del 20/9/2010; "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LL del 9/10/2012. Si se prefiere una lectura más general, a modo de "pantallazo", puede optarse por la lectura de dos concisos pero en extremo clarificantes artículos de Herrera. Ellos son: Herrera, Marisa, "Regular lo existente", entrevista, Página/12 del 5/10/2012, supl. Las 12, www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7540-2012-10-05.html (17/4/2013); y "Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia", www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera (17/4/2013).

(8) Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida ('Bleu'). Primera parte", Microjuris MJ-DOC-5751-AR | MJD5751, del 12/4/2012, p. 4. El destacado me pertenece.

(9) Ello sin perjuicio del derecho a conocer los orígenes que tiene el nacido por TRHA con donante anónimo, situación que se regula expresamente en el art. 564 del Proyecto de Reforma, pero éste no es tema de debate en el presente artículo.

(10) Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Una trilogía...", cit., p. 5.

(11) El énfasis me pertenece.

(12) Lo cierto es que hay países en los cuales la donación comenzó como anónima y luego, una vez ganada más aceptación en la sociedad y comprendiendo el sentido mismo de la donación altruista de gametos, se fue "abriendo", de manera tal que hoy son no anónimos y quienes donaron con una legislación de anonimato pueden inscribirse voluntariamente en un registro para pasar a ser no anónimos. Tal es el caso, p. ej., de las recomendaciones emitidas por Australia. Ver The Senate, Legal and Constitutional Affairs References Committee, "Donor Conception Practices in Australia", Australia, febrero de 2011, www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate_Committees?url=legcon_ctte/completed_inquiries/2010-13/donor_c (17/4/2013).

(13) En tal sentido, el fallo cita el caso "Schalk y Kopf v. Austria", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010. En igual sentido, pero en nuestro sistema, se recomienda la lectura del caso "Atala Riffo y Niñas v. Chile", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

(14) En este artículo se hace deliberada referencia a la donación de gametos masculinos porque, para su redacción, se tiene en cuenta especialmente el fallo en comentario. Ello no quita, de manera alguna, la existencia real de donación de óvulos pero, dado que acarrea una complejidad mayor, dejaremos este tema para próximos debates.

(15) Ellos son Banco de Semen Repro-bank, Banco Argentino de Gametos, Cryobank Banco de Semen e IVI

Argentina.

(16) Según el Banco Argentino de Gametos, www.bagametos.com.ar/que-significa-donar/ (17/4/2013).

(17) Se pueden leer estas aseveraciones en el clásico "preguntas frecuentes" de las distintas instituciones. Disponible en www.repro-bank.com/interna/page/faq-donantes/, www.clinicaivi.com.ar/donantes/legislacion-donacion-ovulos-semen.aspx y www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm (17/4/2013). A 2011, ese monto se estimaba en aproximadamente \$ 150 según la revista Entre Mujeres del Grupo Clarín, www.entremujeres.com/hogar-y-familia/embarazo/esperma-bancos_de_semen-donacion_de_semen-embarazo_0_550145044.html (17/4/2013).

(18) Específicamente la clínica IVI Argentina, www.clinicaivi.com.ar/donantes/donacion-de-semen.aspx (17/4/2013).

(19) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", LL del 4/6/2010.

(20) Consid. 113 del fallo en comentario que, a su vez, cita a lord Mansfield en "Barwell v. Brooks", (1784) 3 Doug. 371.

(21) "Cerca de 10.000 bebés han nacido en Colombia por reproducción asistida", Noticias Caracol del 3/7/2012, www.noticiascaracol.com/salud/video-269187-cerca-de-10000-bebeshan-nacido-colombia-reproduccion-asistida (17/4/2013).