

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

19 de marzo de 2019

### **¿CRECED Y MULTIPLICAOS?**

*Nunca un contrato semejante había sido presentado ante los tribunales.*

Mario y Rosario, en cumplimiento del mandato bíblico que da título a esta nota, pretendían formar una familia.

Pero Rosario, cuando tenía quince años, se enteró de que sufría una extraña patología congénita: el síndrome de Rokitansky o *agenesia vaginal o mullenaria*, que afecta a una de cada cinco mil mujeres. En pocas palabras, quienes sufren esta enfermedad carecen de vagina y útero, pero no de ovarios funcionantes.

A Rosario le encantaban los niños. Por eso Lucía, su amiga del alma, la nombró madrina de uno de sus cuatro hijos. Pero nada de eso podía reemplazar, en la mente de Rosario, las satisfacciones que le daría tener un niño propio.

Hasta que un día, hablando con Lucía (quien, como Rosario, tenía un título terciario y compartía con ella tareas docentes en un colegio), comentaron algo que habían leído por allí: existe una técnica de reproducción humana asistida que, en pocas palabras, permite, mediante la implantación de un embrión en el vientre de otra mujer, la gestación sustituta o maternidad subrogada. (Vulgarmente, y no sin cierto mal gusto, a esto se lo llama “alquiler de vientres”).

Médicamente, era la única opción disponible para Mario y Rosario.

Pero...

...en la Argentina (y en muchos otros países también) la ley dice que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”.

Ese era un obstáculo insalvable para llevar adelante el procedimiento.

Sin embargo, llevados por su deseo de ser padres, intentaron lo que parecía una aventura judicial: pedir permiso a un juez para ir adelante. Sólo unos muy pocos casos similares habían sido resueltos en la Argentina.

Mario y Rosario dieron todos los pasos formales necesarios: ¡hasta redactaron un contrato con Lucía! Un contrato hecho y derecho, firmado el 22 de agosto de 2017, ante notario, en el que aparecían, con términos claramente definidos, “los padres intencionales”, “la gestante”, “las partes” y las cláusulas relativas a la vigencia y terminación del acuerdo. Allí también acordaron someter el contrato a la justicia para que fuera homologado.

Y así lo hicieron, ante un juzgado de Bell Ville, en la provincia de Córdoba, donde vivían los tres.

Su pedido consistió, en resumidas cuentas, que se autorizara una técnica de fertilización médicamente asistida en la que el material genético sería aportado por los miembros de una pareja y el embrión resultante sería implantando en el útero de una gestante, quien llevaría adelante el embarazo y que, en caso de que se produjera el nacimiento de un niño, fuera considerado hijo de la pareja y no de la gestante, para lo que debía declararse la inconstitucionalidad de la norma que dispone que los nacidos

Fundaron su pedido en varios principios y normas legales; entre ellos, el artículo 19 de la Constitución, que dice que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

También mencionaron la autonomía de la voluntad, su voluntad procreacional, el interés superior del niño y los derechos a la identidad, la salud, la maternidad y a la conformación de una familia.

En opinión de Mario y Rosario (o de sus abogados, mejor) su derecho estaba respaldado por todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos e, inclusive, las referidas a las personas con discapacidad.

Sostuvieron también que la ley argentina no contempla la maternidad subrogada, *pero tampoco la prohíbe*. Y que si una pareja argentina concibiera un hijo por ese

sistema en los países donde se la permite, la ley argentina reconocería la validez de lo ocurrido, ya que en esos casos prevalece “el derecho... que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”. Esos derechos incluirían el de ser declarado hijo de la mujer que aporta sus óvulos y no de la gestante<sup>1</sup>.

Como Mario y Rosario reconocieron no tener los fondos suficientes para viajar a un país donde la maternidad sustituta fuera legal, sostuvieron que eso constituía un trato discriminatorio.

Lucía, por su parte, añadió que, como gestante, había dado su consentimiento informado para realizar lo que definió como “un acto de amor, alejado por completo de cualquier situación patrimonial; un acto de generosidad sin igual que debería ser respetado como tal”.

El obstáculo más serio a la pretensión de Mario y Rosario era, sin duda, la norma que establece que una persona es hija de quien la da a luz. En su opinión, ese principio “se enfrentaba al núcleo duro” de los derechos constitucionales, por lo que pidieron que fuera declarado inconstitucional.

El pasado 6 de diciembre de 2018 el juez resolvió la cuestión, en una larga sentencia de treinta y cinco carillas<sup>2</sup>.

La decisión del juez reseñó el largo camino recorrido por Mario y Rosario: sus antecedentes familiares y profesionales y los de Lucía, los estudios médicos

---

<sup>1</sup> El tema es de rigurosa actualidad. Sobre el actual debate en España, véase “Calvo ordenó parar la norma sobre vientres de alquiler que se le pasó al Gobierno”, *El País*, Madrid, 19 de febrero de 2019, p. 22.

<sup>2</sup> In re “D., R. d. V.”, Juzgado Civil de 1ª Instancia, Bell Ville, 6 de diciembre de 2018; exp. 6554133

efectuados para determinar la fertilidad de los posibles padres y la larga lista de normas y disposiciones legales que, en opinión de ambos posibles padres, les daban la razón.

El magistrado también describió todos los pasos que él, como juez, tomó para asegurarse de que su decisión sería la correcta: la ratificación de todos los firmantes del “Acuerdo de Gestación por Sustitución”; la audiencia realizada para tomar contacto personal con los posibles padres y la futura gestante; la intervención del Cuerpo Técnico de Asistencia Judicial, que evaluó a través de psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales a los tres involucrados en el procedimiento; el pedido de opinión al Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética del Poder Judicial de la provincia; la intervención del Ministerio Público Fiscal (para el caso de que la posible inconstitucionalidad afectara el orden público); el pedido de dictamen a la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial; etcétera, etcétera.

Sin duda, llama la atención la existencia de tantas oficinas y agencias como las que fueron llamadas a opinar en este caso.

El juez, con buen criterio, identificó las dos únicas cuestiones sobre las que debía resolver: la homologación del acuerdo (lo que implicaba la autorización para la gestación por sustitución) y la eventual inscripción del recién nacido como hijo de la *pareja comitente* y no de la gestante.

Para no explayarnos demasiado, anticiparemos que el juez autorizó el procedimiento y *declaró inconstitucional la norma que exigía la inscripción del neonato como hijo de quien lo diera a luz.*

Sin embargo, entendió que el acuerdo, como tal, no era homologable, *porque se refería a derechos inalienables y personalísimos, de hecho incoercibles.* (Dicho de otro modo: ¿cómo podría un juez obligar a las partes a cumplirlo?).

Para el juez, era inconcebible que se le otorgara ejecutabilidad al contrato ante su incumplimiento por alguno de los firmantes.

El magistrado entendió que los tratados de derechos humanos consagran *el derecho a formar una familia*, y que a Rosario, por su género, estado físico e infertilidad *debían otorgársele las garantías de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por la ley.*

Dijo también que, ante la existencia de tratados de derechos humanos, de normas que otorgan protección constitucional a la familia y, además, de una ley de fertilización asistida que otorgan amplios derechos a sus destinatarios, la obligación de inscribir al niño resultante como hijo de quien lo diera a luz chocaba con aquellos.

En su opinión, esa obligación desconocía lo que se llama “voluntad procreacional”, que “constituye la columna vertebral para la determinación filial derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida”.

La sentencia, en concreto, dispuso entonces autorizar la gestación por sustitución, declarar la inconstitucionalidad de la norma que sólo reconoce la maternidad de la mujer que da a luz, ordenar la inscripción del nacido como hijo de Rosario y *determinar que el niño no tendrá vínculo jurídico con la gestante.*

El juez agregó dos aspectos, por decir así, *inesperados*: instó a Rosario y Mario a que,

cuando nazca su hijo, “le hagan conocer su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente” y dispuso la conservación de los antecedentes judiciales “para garantizar al niño el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional”.

Nos ha llamado la atención la minuciosa atención a los detalles que puso el juez al analizar y revisar la cuestión. Y, sobre todo, su cuidado al pedir a los padres que su futuro hijo tenga información adecuada sobre lo ocurrido.

Detrás de lo que el juez llama “la realidad gestacional” se esconde, al menos en este caso, un generoso acto de amor.

¡Bien por la justicia, que demostró estar del lado de la gente!

Pero... ¡cuidado con las decisiones fáciles! Hay quienes dicen que “los vientres de alquiler son la utilización del cuerpo de las mujeres más pobres”

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**