Título: Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la alegalidad
Autor: De Lorenzi, Mariana A.
Publicado en:
Cita Online: AP/DOC/179/2017

Sumario: I. Introducción.— II. El relato de los hechos.— III. El fallo y sus fundamentos.— IV. Cuando la alegalidad conduce a la ilegalidad.— V. Algunos escollos por sortear.— VI. La persistencia de ciertas dudas.— VII. Reflexión final

(*)

"Negar un hecho es lo más fácil del mundo. Mucha gente lo hace, pero el hecho sigue siendo un hecho". Isaac Asimov, 1920-1992

I. Introducción

Como aseveraba el escritor y bioquímico estadounidense Asimov, por más que se niegue un hecho, éste sigue existiendo. En efecto, atendiendo a la definición dada por la Real Academia Española, un hecho es una "cosa que sucede". Sin embargo, "lo que sucede" no siempre es algo que los seres humanos seamos capaces de entender, aceptar o aprobar. De allí que Blaise Pascal advirtiera una tendencia de los individuos a rechazar lo que no logran comprender (1). Esta propensión a repudiar aquello que, por lo general, no se conoce o se conoce mal se llama prejuicio, pues se emite tenaz y anticipadamente una opinión, principalmente desfavorable, sin tener un cabal conocimiento del tema en cuestión (2). No obstante, por más empeño que se ponga en negar un hecho, ese hecho sigue siendo un hecho. Es por esta razón que la realidad responde al prejuicio, le planta cara y lo devalúa, repitiéndolo irónicamente, una y otra vez, hasta perpetuarlo.

Objeto de tal desdén —cuando no condena— y un ejemplo de que en ocasiones "los mitos tienen más poder que la realidad"(3) es el hecho que convoca este comentario: la gestación por sustitución, una "cosa que sucede" en el mundo y, en particular, en nuestro país, y cada vez con mayor frecuencia. Así lo dejan en evidencia más de una veintena de casos que han llegado a los estrados nacionales, por acaecer en nuestro territorio o bien fuera de él, pero involucrando a argentinos.

Pese a ello, nuestros legisladores, al sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en lo sucesivo, CCiv.yCom.) han rechazado reconocer expresamente este fenómeno, dejando sin respuestas y soluciones explícitas a las partes involucradas en esta técnica de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA).

El estado de la situación hace que los efectos derivados de estos tratamientos padezcan del estupor que caracteriza a la parálisis legislativa, circunstancia que ha desplazado la responsabilidad a los jueces, quienes, en virtud de lo dispuesto por el art. 3º del CCiv.yCom., se ven en el campo de juego, como quien dice, obligados a patear. La falta de prohibición y también de reglamentación de una práctica que resulta lícita por mor del principio sentado en el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), coloca a este hecho en el terreno de la alegalidad (4). Esta última se divorcia así de la realidad, relegando un suceso de existencia objetiva, efectiva y verdadera al limbo jurídico (5).

El vacío legislativo ha dado paso también a interpretaciones doctrinales de lo más diversas, que fluctúan entre lo ilegal e inmoral y lo alegal y amoral (6).

Finalmente, la realidad social viene a corroborar que negar no sirve para prevenir, tal como oportunamente vaticinara la Comisión Redactora del Anteproyecto en sus Fundamentos (7). De allí que, aun en un marco de incertidumbre jurídica, no pocas familias argentinas hayan recurrido al auxilio de esta práctica. Un ejemplo concreto de ello es el proyecto parental que B. B. y R. D. (8) construyeron e hicieron realidad, fácticamente gracias a la colaboración de Y. G. (9) y legalmente por disposición de la sentencia que la magistrada Myriam M. Cataldi dicta el 29 de septiembre de 2016.

II. El relato de los hechos

Una vez más se nos asigna a comentario un caso que, siguiendo a Gil Domínguez, podría ser calificado de "baja complejidad"(10), pues se trata de un supuesto de gestación por sustitución que no presenta mayores cuestionamientos que los que la propia técnica plantea. Éste alude a una pareja heterosexual, consolidada en el tiempo a través de la convivencia y posterior matrimonio, que "necesita" recurrir a esta práctica para hacer realidad su deseo de ser padres. El obstáculo que representaba la enfermedad que B. padecía y que le impedía gestar un hijo es sorteado gracias al acto voluntario, altruista y filantrópico de Y., madre de dos hijos y amiga de ambos cónyuges.

Por lo general, esta práctica despierta ciertos reparos en algún sector de la doctrina. Uno de ellos es, precisamente, que no se restrinja a dar respuesta a problemas médicos (11), cuestionándose que a ella recurran personas solas o parejas del mismo sexo, que el móvil no sea filantrópico (12) o que medie una contraprestación pecuniaria que exceda de la cobertura de los gastos. Se expresa, asimismo, el temor a que se produzca una cosificación o explotación de la mujer que presta este servicio o a que se presente un desacuerdo posterior entre los intervinientes (13).

Algunas de estas reticencias ya han recibido respuesta desde la justicia. Así, por ejemplo, el Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario convalidó la gestación por sustitución como práctica para que dos hombres sean emplazados como padres de la persona nacida (14). Los fallos hasta ahora dictados hacen hincapié, además, en la ausencia de cosificación y explotación de la gestante, resaltando tras un exhaustivo análisis de la situación que la voluntad prestada ha sido libre y plena y que no ha mediado compensación económica (15). No obstante, el resto de cuestiones siguen en el limbo jurídico.

Volviendo a las circunstancias particulares del caso, es dable mencionar que B. presentaba dos problemas médicos: padecía del síndrome de Rockitasky y sus óvulos eran de baja calidad. Uno y otro inconveniente motivaron, respectivamente, la prescripción médica de la gestación por sustitución (de Y.) y la ovodonación (con material genético de una desconocida).

Tras superar diversas entrevistas con psicólogos, la gestante y los comitentes suscribieron un acuerdo de voluntades. La transferencia del embrión formado in vitro se efectuó en octubre de 2013 y el 14 de julio de 2014 nació L. (16). En un primer momento, las actuaciones por inscripción del nacimiento quedaron radicadas en el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 10 y posteriormente, tras la recusación sin causa deducida por la actora, en el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 8 que, al determinar que ya estaba inscripto el nacimiento (aunque a favor de la parturienta), recaratula el caso como "impugnación de maternidad".

III. El fallo y sus fundamentos

La sentenciante, admitiendo la demanda interpuesta por B. y R. —suscripta también por la gestante—, resuelve básicamente dos cuestiones de fondo acompañadas de ciertas medidas que considera necesarias para su efectividad.

En primer lugar, hace lugar a la impugnación de la maternidad de L., determinada a favor de Y., para seguidamente emplazarlo como hijo de los demandantes. En esta línea libra oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, mandando la rectificación del acta de nacimiento de aquél y la transcripción de la parte resolutiva de la sentencia y sus datos completos.

En segundo término, impone a los padres la obligación de hacer saber a su hijo la manera en que fue concebido y gestado. Para que ello sea factible oficia al centro médico involucrado a fin de que reguarde debidamente los datos de la donante de óvulos y da intervención al Ministerio de Salud, conminándolo a garantizar la disponibilidad de dicha información en el tiempo.

Los fundamentos que acompañan esta resolución son, en general, los mismos que vienen sosteniendo las diversas decisiones judiciales que se han dictado en la materia, a saber: 1) la existencia real del fenómeno de la gestación por sustitución; 2) la procedencia de aplicar en estos supuestos —en cuanto procedimiento realizado con asistencia médica para la consecución de un embarazo— las reglas que trae el CCiv.yCom. sobre filiación por TRHA para determinar el vínculo (17); 3) el protagonismo de la voluntad procreacional como fuente de dicha filiación; 4) el respeto al derecho a la voluntad procreacional consagrado por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCiv.yCom.; 5) el interés superior del niño; 6) el derecho al nombre; y 7) el derecho a conocer los orígenes en cuanto parte del derecho a la identidad y derecho humano autónomo. Hace asimismo mención del aumento del número de casos de gestación por sustitución y a que, aun cuando la jurisprudencia ha venido subsanando el vacío de regulación, es preciso legislar en pro del derecho del niño a ser inscripto inmediatamente tras su nacimiento conforme al elemento volitivo.

IV. Cuando la alegalidad conduce a la ilegalidad

Como puede observarse, los diferentes considerandos confluyen principalmente hacia el resguardo y reconocimiento del derecho a la identidad de L. para brindar primordial atención a su interés superior. Sin perjuicio de ello, la jueza hace referencia también al "derecho a la voluntad procreacional" de los accionantes, que remite al derecho que tiene toda persona, sin discriminaciones, a formar una familia, protegida por un halo de igualdad y de amplia libertad para elegir de qué forma hacerlo.

La sentencia busca garantizar el derecho de L. a su identidad en diversos aspectos que son, además, derechos fundamentales y autónomos. Ante todo, se dirige a preservar su derecho a la identificación y al nombre. En segundo lugar, intenta que esa identificación se condiga con su realidad familiar. De esta manera busca revertir una situación que, además de absurda, vulnera su identidad, pues ella no sólo implica tener un nombre, un apellido y una nacionalidad, sino que impone que la filiación, en cuanto vehículo que a ellos conduce, sea real. Finalmente, guarece sus orígenes biológicos preservando la información que le da razón de ser e impone a los padres la obligación de hacerle conocer la forma en que se ha logrado su concepción, gestación y nacimiento (18).

Entre las circunstancias fácticas que rodean al caso hay una que llama poderosamente la atención. Si se coteja la fecha de nacimiento de L. (mediados de julio del 2014) y la de dictado de la sentencia que resuelve su filiación (septiembre de 2016), surge que éste recién goza de una identificación certera cuando tenía veintiséis meses. Es decir, sólo tras cumplir sus dos años de vida el niño es legalmente reconocido como quien realmente es: L. D. B.,

hijo de B. B. y R. D. Que ésta es la filiación "real" de L. es tan cierto como lo es para una persona concebida naturalmente (llamémosla Rita) que su vínculo legal sea conforme al principio de verdad biológica. Si en este último caso la niña está emplazada como hija matrimonial del marido de la madre, al igual que L., no habrá gozado a priori de una identidad "real", realidad que si en el caso de Rita viene dispuesta por el vínculo biológico, en el de L. lo es por la voluntad procreacional.

En la actualidad, este tema no ofrece mayores cuestionamientos, pues las dudas sobre la procedencia de una interpretación extensiva de la voluntad procreacional como fuente de la filiación a los supuestos de gestación por sustitución han quedado disipadas por nuestra jurisprudencia. En tal sentido, no se conoce en nuestro país ningún precedente con sentencia firme en el que los jueces hayan avalado la determinación de la filiación a favor de la gestante. Como bien ha venido interpretando la doctrina nacional, esta solución concilia con los principios y derechos fundamentales que consagra nuestra CN y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional suscriptos por Argentina. Por lo demás, ni los jueces ni los autores han logrado justificar que la gestación por sustitución merezca ser excluida de la letra de los arts. 2º de la ley 26.862 y de su decreto reglamentario 956/2013, pues en cuanto "tratamiento o procedimiento para la consecución de un embarazo" es una TRHA, ni tampoco que deba regirse por reglas diferentes a la voluntad procreacional (19).

Como ya destacábamos, el respeto de la identidad de L. exige diversas medidas que la jueza resalta en su fallo.

En primer lugar, es necesario reconocerle un vínculo legal de filiación con B. y R. Estas personas han sido sus padres incluso antes de su nacimiento, comenzando con la difícil decisión de recurrir a la reproducción asistida y continuando con la aún más escabrosa labor de hacerla realidad sometiéndose a estudios y tratamientos médicos —por lo general duros e invasivos física y emocionalmente— que sólo esa clara e indudable voluntad procreacional les ha permitido enfrentar y soportar. Ello no sólo responde al interés superior del niño, sino que además garantiza el respeto integral de su derecho a la identidad, al brindar reconocimiento jurídico al nombre y apellido con el que es identificado, a su calidad de "hijo de" y, en general, a toda la más compleja situación que conforma su vida familiar y construye día a día su identidad (estática y dinámica). En efecto, la atribución del nombre, apellido y nacionalidad de un niño depende de los padres, de allí el estrecho vínculo que la identidad teje recíprocamente entre identificación, nombre, nacionalidad y filiación.

Este nexo explica a contrario sensu los riesgos de una ausencia de inscripción inmediata al nacimiento, pues esa persona no sólo no es para el ordenamiento jurídico, sino que además puede que no sea en el mundo (20).

Lamentablemente no faltan ejemplos de ello, pues basta dirigir la mirada a casos como "Mennesson", "Labassee", "Foulón" y "Bouvet" —todos contra Francia— que llegaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Con las respectivas resoluciones dictadas en 2014 y 2016 se brinda finalmente respuesta a la situación de "clandestinidad legal" en la que se encontraban en el país galo los hijos de los demandantes nacidos por gestación por sustitución en 2000 (Valentina y Fiorella Mennesson) (21), 2001 (Juliette Labassee) (22), 2009 (Emilie Sanja Lauriane Foulón) y 2010 (Adrien Bouvet et Romain Bouvet) (23), en EE.UU. las tres primeras y en India los tres últimos. Durante todos los años transcurridos, estas niñas y niños se han visto privados, ante todo, de una filiación y, con ella, de todos los derechos que devienen de su establecimiento (como, por ejemplo, los sucesorios o los derivados de las crisis familiares). La negativa a otorgarles un pasaporte o certificado de nacionalidad, un acta de nacimiento o un documento de identidad los enfrentó sistemáticamente a una serie de obstáculos y dificultades para los trámites judiciales o administrativos que hubieron de realizar (como solicitar las prestaciones familiares, obtener un número de la seguridad social, inscribirlos en el colegio, etc.).

Aún más devastadora ha sido la situación por la que han debido atravesar Donatina Paradiso, Giovanni

Campanelli y, fundamentalmente, Teodoro Campanelli, este último nacido el 27 de febrero de 2011 en virtud de una gestación por sustitución realizada en Rusia. Si bien la Sección Segunda del TEDH, en su sentencia de 27 de enero de 2015, considera, por cinco votos contra dos, que se ha vulnerado el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sin que ello comporte la obligación de Italia de restituir a Teodoro a la pareja —atendiendo a que el niño ya había desarrollado lazos emocionales con la familia de acogida con quien vivía desde comienzos del 2013— (24), recientemente la Gran Sala rechazó, por once votos contra seis, que hubiera existido la alegada vulneración. Sin entrar en el análisis de los fundamentos o votos concurrentes y disidentes de esta sentencia, que exigirían un comentario aparte, es dable destacar que este caso es un claro ejemplo de la vulnerabilidad e inestabilidad en la que se encuentran las personas nacidas de gestación por sustitución, así como quienes a ella recurren (25). En efecto, Teodoro no sólo estuvo sin identificación oficial por más de dos años sino que además, en el año 2013, la ausencia de vínculo genético con sus padres —aparentemente debida a un error del laboratorio (26) — motivó la decisión de arrancarlo de los brazos de éstos y alejarlo de su hogar para enviarlo a una "casa famiglia". Es sólo recién después de seis años de peripecias judiciales que este niño obtiene una decisión —por cierto, polémica y cuestionable— que debería finalmente brindar certeza a su identidad.

Estos sistemáticos "olvidos" de que el interés superior del niño ha de ser la consideración primordial en desprecio de sus derechos humanos y fundamentales explican que UNICEF califique a la identificación como "el primer derecho" de todo ser humano. Está claro pues que, sin ella, desde el punto de vista puramente legal, un individuo ni siquiera existe y no recibe protección de los Estados (27). La identificación no es más —ni menos— que un pasaje a la ciudadanía. En cuanto puerta de acceso al resto de derechos y privilegios, se erige en instrumento y medio imprescindible y efectivo de protección de la identidad personal (28). Este hecho explica el énfasis en la necesidad de una inscripción inmediata al nacimiento que ponen, el art. 7º de la CDN como paso esencial para su implementación, diversos organismos internacionales —como la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) (29) o el Comité de los Derecho del Niño (30) — o la intensa labor que ha venido desarrollando la OEA (31).

Aun cuando L. ha tenido más suerte que los niños de los casos resueltos por el TEDH, pues él no era un "clandestino legal", ya que sí tenía una identificación, una nacionalidad y una filiación determinadas, era, en cambio, una especie de "disfrazado legal", pues en realidad los papeles no decían exactamente lo que era sino más bien lo que simulaba ser. L. simulaba ser hijo de Y. para poder ser, para no quedar en el limbo jurídico de la inexistencia, para tener algún derecho reconocido. Sin embargo, su situación no era en absoluto legal ni garantista, porque la determinación de su filiación en virtud del parto brindaba certeza jurídica respecto de quién había sido la gestante, pero no la madre. En este caso, la mater no certa est. Vemos cómo la alegalidad de la gestación por sustitución obliga a los así nacidos a calzarse el disfraz de la naturaleza para poder ser a costa de una ilegalidad, pues la identidad de L. no era ser hijo de Y. sino de B. y R., sin por ello negar que fue gestado y parido por aquélla. Esta ilegalidad tiñe, además, de incertidumbre el ejercicio de los derechos que a L. le corresponden en virtud de su filiación. No siendo ésta cierta, tampoco lo son los derechos que de ella derivan. Podemos hacernos un sinnúmero de preguntas, pero baste una muy simple como ejemplo: ¿qué hubiera ocurrido si, vigente la determinación filial por el parto, hubieran fallecido Y. o B.? En tal hipótesis, y fundamentalmente en caso de conflicto, no sólo podrían haberse visto afectados los derechos de L. sino también los de muchas otras personas y, sin ir más lejos, los de los hijos de Y., para cuyo resguardo hubiera debido transitarse por las instancias legales necesarias con el correspondiente desgaste judicial.

Un derecho que se desprende de la inscripción de la filiación, la nacionalidad y el nombre es el de tener acceso y obtener la documentación que lo acredita, pues, aun cuando pueda pensarse que es un mero trámite burocrático, ella es indispensable para poder ejercer otros derechos, tal como mencionaba el TEDH. De allí que con acierto la magistrada del caso oficie al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas mandando la rectificación del acta de nacimiento de L. (de modo que como madre aparezca B. y no Y.) y la transcripción de la parte resolutiva

de la sentencia.

Por último, un respeto pleno de la identidad de L. exige garantizarle el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Para ello se torna imprescindible, por un lado, preservar toda la información relativa a las prácticas médicas realizadas que permitieron que L. finalmente viera la vida: esto es, la donación de óvulos y la gestación por sustitución, y, por el otro, que los padres cumplan con la obligación legalmente establecida y judicialmente impuesta de hacerle conocer las particularidades que rodearon su concepción y nacimiento. Desde esta perspectiva, la jueza libra oficio al centro médico interviniente a fin de que ponga a debido resguardo los datos relativos a la donante de óvulos y brinda intervención al Ministerio de Salud para que garantice su disponibilidad en el tiempo. Por su parte, la propia sentencia y la transcripción de su parte resolutiva en el acta de nacimiento garantizar per se que la información gestacional quede protegida. Sin estas medidas el derecho a conocer los orígenes biológicos (entendido en un sentido amplio, comprensivo de los genéticos y gestacionales) caería en saco roto.

Sin duda, cuando la ley no resuelve las condiciones de procedencia, requisitos y efectos de una práctica tan compleja como es la gestación por sustitución, los derechos de las personas involucradas y fundamentalmente de los niños así nacidos quedan a la deriva, afectando el interés superior de estos últimos a que ellos les sean garantizados. Es entonces el silencio legal el que habilita a que la alegalidad termine gestando una ilegalidad.

V. Algunos escollos por sortear

La sentencia de la jueza Cataldi es, sin duda, una de esas decisiones que mencionaban Burgués y Vázquez con un extenso desarrollo doctrinario con formato de reproducción monográfica que ahorra la lectura y búsqueda de opiniones y argumentos sobre el tema (32). El sobrado repaso de doctrina, legislación, jurisprudencia comparada, etc., que en nada menos que 61 fojas realiza la magistrada exime de la mesiánica tarea de un comentario en profundidad de todo su contenido, al tiempo que obliga a su minuciosa lectura. A continuación nos centraremos indistintamente en el análisis de ciertas cuestiones que surgen explícita o implícitamente de ella o en la reflexión acerca de algunas elaboraciones doctrinales que, aun ajenas a su texto, consideramos de interés.

1. El alcance del derecho a conocer los orígenes biológicos

Uno de los decisorios de la sentencia es, como señalábamos, el de imponer a los padres la obligación de hacer conocer a L. su realidad genética y gestacional. Con esta medida la jueza suscribe una noción amplia de identidad que abraza tanto los elementos genéticos como los gestacionales y los emocionales, brindando a cada uno de ellos el alcance correspondiente: a los últimos, constatada la voluntad procreacional, la habilidad de crear un vínculo jurídico de filiación, en tanto que a los dos primeros, la importancia de que L. pueda acceder a la información (que en definitiva le pertenece) en cuanto elementos fundantes también de su identidad personal.

Desde esta perspectiva se explican los citados oficios al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para que transcriba la parte resolutiva de la sentencia, al centro médico para resguardar los datos pertinentes y al Ministerio de Salud para que garantice su disponibilidad en el tiempo, pues, como bien se señala en el considerando VIII: "(s) i los datos identificatorios de los donantes se perdieran de manera definitiva, se pondría en juego, entre otros, el derecho a la salud". La mención de este último no puede entenderse sino como uno de los derechos que podrían verse eventualmente afectados pero nunca como el único, como bien deja en claro el uso de la expresión "entre otros".

En efecto, el acceso a la información sobre los orígenes biológicos no sólo incluye aquélla necesaria en pro del resguardo del derecho a la salud de la persona nacida sino también aquella otra que sirve a su derecho de identidad. Es importante insistir en ello, en atención a la resistencia que esta circunstancia sigue generando en algunos autores (33). El hecho de que el alcance del conocimiento de los orígenes biológicos en los casos de filiación por TRHA sea diferente al que tiene en la filiación por naturaleza y no implique en modo alguno la creación de un vínculo legal —ni siquiera emocional— no desvirtúa su trascendencia ni su alcance.

Así, el derecho a conocer los orígenes biológicos, tanto sean éstos genéticos o gestacionales (34), está previsto por los arts. 563 y 564 del CCiv.yCom. Este derecho de los nacidos de TRHA a obtener información relativa a sus orígenes biológicos es resultado de la unión del derecho a la información y del derecho a conocer sus orígenes, consecuencia del primero e instrumental al segundo (35). Desde esta perspectiva, los preceptos señalados regulan efectivamente el derecho a la información para garantizar el derecho a conocer los orígenes y, con él, el derecho a la identidad. Así resulta de los Fundamentos del Anteproyecto, cuando disponen que "(l) a reforma regula... el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas", enfatizando que la doctrina y la jurisprudencia lo derivan "...de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina", y así también parece surgir de la aclaración que trae el propio art. 564 del CCiv.yCom. de que la información sobre la donación de gametos no se limita a los datos médicos del donante relevantes para la salud sino que incluye también la identidad del donante, y que además debe constar nada menos que en el legajo base para la inscripción del nacimiento, es decir, en el documento que acredita su identidad. En segundo lugar, es importante destacar que la elección de la expresión "derecho a la información" por el legislador no limita su alcance. Como aclaran Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm cuando explican la postura adoptada por el legislador en el CCiv.yCom., "...no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; ésta tiene la posibilidad de acceder a esa información mediante un trámite judicial...", es decir, goza de este derecho, pero se enfrenta con más limitaciones que si pretendiera obtener la información no identificatoria (36). Además del vínculo genético, estas autoras consideran incluido también el vínculo gestacional, pues, en oportunidad de comentar el fallo del Juzgado Nacional nro. 86, expresan que "...el derecho a conocer los orígenes compromete no sólo el derecho del niño a saber que nació de un acuerdo de gestación por sustitución, sino además, el derecho a conocer la identidad de la gestante..."(37).

En suma, el derecho a conocer los orígenes en la reproducción humana asistida no se limita a la obtención de información médica del donante y/o la gestante sino que se trata de un verdadero de derecho a la información que incluye sus identidades.

2. La inanidad del vínculo genético en las TRHA

El legislador admitió en el art. 558 del CCiv.yCom. que la filiación por TRHA es una forma diferente a la filiación por naturaleza. Ello es así porque descansan en supuestos de hecho distintos y porque la fuente determinante en uno y otro caso es disímil. No siendo el coito la razón de la existencia de descendencia genética en los casos de TRHA, el vínculo biológico no se erige en su causa fundante sino la voluntad procreacional, que paradójicamente ningún efecto surte en los casos de filiación por naturaleza (38).

Tal es así que en el art. 562, in fine, luego de estipularse que la filiación de los nacidos por TRHA se determina por la voluntad procreacional, se precisa expresamente que lo es "con independencia de quién haya aportado los gametos". Esta indicación corre tanto para la determinación de la maternidad, que, como sabemos, la norma pone en cabeza de la mujer que dio a luz, como para la paternidad o segunda maternidad respectivamente del hombre o de la mujer que hubiera prestado su consentimiento previo, informado y libre.

Hecha esta aclaración, nos resulta llamativo que la jueza haya recurrido al elemento genético como argumento para impugnar la maternidad de Y., que, a la sazón y a diferencia de otras sentencias sobre la materia que se han dictado, rechazó sea un criterio que deba emplearse para determinar la filiación de B. El empleo de tal fundamento nos parece desacertado por innecesario, incorrecto, contradictorio y contraproducente.

Es innecesario recurrir al vínculo genético cuando la causa fuente de la filiación en todos los casos de TRHA es —o debería ser— la voluntad procreacional. El elemento genético, y personalmente creo que también el gestacional, carecen de toda virtualidad cuando de determinar la filiación por TRHA se trata. Lo mismo da si los genes empleados fueron los de ambos miembros de la pareja, los de sólo uno de ellos o solamente de terceros, conocidos o desconocidos. Al menos así resulta de la falta de una norma que limite esta situación.

Consideramos incorrecto impugnar la maternidad de Y. con base en la ausencia de vínculo genético entre ésta y L. El art. 577 del CCiv.yCom. considera inadmisible la impugnación de la filiación de los hijos nacidos mediante TRHA cuando la persona hubiera prestado su consentimiento previo, informado y libre "con independencia de quién haya aportado los gametos". Lo mismo dispone el art. 588, in fine, para la maternidad (39), que paradójicamente la jueza alega, dicho sea de paso, junto al art. 565 del CCiv.yCom. que resulta inaplicable al regular una situación ajena al caso como es la determinación de la maternidad por naturaleza.

A nuestro modo de ver, la impugnación de la maternidad de Y. descansa en el argumento de la ausencia en ella de voluntad procreacional. El consentimiento que prestó Y. no es el de una mujer que quiere ser madre y someterse a un tratamiento de fertilidad sino el de una mujer que se pone al servicio para la práctica de una TRHA para que otra mujer lo sea. Por esta razón resulta procedente la impugnación de la maternidad que se le atribuye, incluso si hubiera aportado sus óvulos. En definitiva, pese a que no importan los genes, sólo la voluntad procreacional, la jueza basa su decisión de excluir la maternidad de Y. en base al estudio molecular de ADN que demostraba la ausencia de tal vínculo entre aquélla y L. y por no ser este último el hijo que pasa por suyo.

Es asimismo contradictorio, pues se hace caso al mandato legal de prescindir del elemento genético para determinar la maternidad, pero se lo emplea para desplazarla. Es decir, como a diferencia de otros precedentes en este caso no existía tal vínculo entre B. y L., se sigue la letra de la ley y se atiende únicamente a la voluntad procreacional, ignorando lo genético, pero como sí faltaba este lazo con la gestante a quien se busca desplazar como madre de L., se utiliza este argumento junto a la voluntad procreacional.

Da la sensación de que la voluntad procreacional no tiene para los jueces la fuerza de fuente que la ley le reconoce y necesitan afianzarla o fortalecerla con el vínculo genético. Ello resulta por demás contraproducente. La magistrada consume fojas intentando convencer del valor de la voluntad procreacional (40), a la que califica como un derecho fundamental y humano, para luego desplazar su trascendencia, otorgándole una importancia subsidiaria: cuando el vínculo genético no permita emplazar o desplazar a quien quiere o no ser madre.

Más allá de este caso en particular, por lo general, los jueces siguen recurriendo insistentemente al vínculo genético, no quizás como el argumento determinante pero sí como un argumento coadyuvante. Basta dar una mirada a los fallos nacionales para advertir que en casi todos (si no en todos) alguna referencia se hace a este hecho, por lo general para "reforzar" (como si fuera necesario) la voluntad procreacional. Si ello era comprensible en los primeros pronunciamientos sobre la materia, en que los jueces se veían obligados a resolver sin legislación que los avale o cuando la gestación por sustitución era aún una situación novedosa y excepcional (41), ahora pierde sentido. Hoy en día, y tras tanta discusión y elaboración jurisprudencial y doctrinal, ya nadie teme reconocer que basta la voluntad procreacional para determinar la maternidad en los casos de gestación por sustitución. La jurisprudencia nacional es conteste en considerar que en el ordenamiento constitucional y

convencional argentino la voluntad procreacional es un derecho fundamental y humano, siguiendo la interpretación que originariamente realizara Gil Domínguez y que después avalara gran parte de la doctrina nacional (42). Menos sentido aún tiene tal fundamento en este caso, en el que el elemento genético se separa tanto del gestacional como del intencional.

También la doctrina coadyuva a esta confusión. Mientras los autores sigan repitiendo, aun a modo docente o informativo, la distinción doctrinal absolutamente inocua en nuestro derecho entre maternidad subrogada tradicional (la gestante aporta el óvulo) y maternidad subrogada gestacional (el óvulo es de la madre) (43), pues en virtud del art. 19, CN, todos los acuerdos de gestación por sustitución están permitidos, seguiremos sin terminar de ver que el vínculo biológico en las TRHA no cuenta. Será recién cuando un juez resuelva un caso de filiación por TRHA sin hacer mención al nexo genético que finalmente logremos convencernos y convencer que es la voluntad procreacional la que aquí únicamente vale.

3. El argumento de la explotación de la gestante

Uno de los fundamentos que se repite en las sentencias que se han ido sucediendo en nuestro país es la no cosificación y explotación de la gestante, destacándose la presencia de una voluntad libre, plena e informada de las gestantes para excluir su cosificación y la inexistencia de una contraprestación económica para descartar su explotación. A igual conclusión arriba la jueza en el caso de marras (44) tras realizar una extensa revisión de la doctrina, de las decisiones del TEDH, de las posturas en el derecho comparado, etc., y vincular las disposiciones del acuerdo y los hechos que lo rodearon con las normas que a modo preventivo de tales riesgos traía el Anteproyecto.

La lectura de las diversas resoluciones judiciales hace patente una tendencia a descartar la explotación con la ausencia de contraprestación económica a favor de la gestante y, a contrario sensu, a pensar aquélla como una consecuencia de la entrega de una suma de dinero (por lo general, que exceda de los gastos necesarios para el cuidado personal, atención médica, etc.). Estos temores vienen en gran medida provocados por el uso —a veces inconsciente o al menos poco consciente— de locuciones desacertadas que producen la paradoja de que al mismo tiempo que subjetivizan en exceso a la gestante, atribuyéndole una función que no tiene (como cuando para identificarla se emplea la expresión "madre" o se alude a esta práctica como de "maternidad"), la cosifican denigrándola a un mero objeto (cuando aquéllas son acompañadas de adjetivos como "incubadora", "termo", "suplente", "sustituta" o "por sustitución", "de alquiler", etc.) (45).

Sin embargo, el carácter comercial de la gestación por sustitución es independiente y se diferencia del de explotación. En esta precisión han venido trabajando algunos autores (46) y se ha pronunciado el juez Neirotti en su sentencia de 29 de julio de 2015 (47). Separar ambos conceptos, como bien señalaba el magistrado, exige abandonar la percepción de que la gestación por sustitución tiene por objeto la disposición del propio cuerpo (útero) o la venta de un hijo o hija.

Estas ideas son las que conducen a entender que la gestación por sustitución es un contrato nulo, pues para que un acto pueda ser calificado como contrato lícito su objeto debe estar en el comercio y el cuerpo humano no lo está o sólo puede estarlo si se trata de una parte separada de él (48). No obstante, la gestación por sustitución es un acto jurídico que tiene por objeto la prestación de un servicio: gestar para otro. En este sentido, "...lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional; es decir... no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenio: la gestación de un ser humano (...) ello no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley", fundamentos con los que el juez mendocino rechaza disponer la nulidad del acuerdo.

Queda así patente que "...el argumento sobre la inmoralidad del pago por traer un 'hijo o hija' al mundo mal-interpreta este servicio como un acto de maternidad"(49). Superado este equívoco, es imprescindible deshacerse de miradas moralistas e hipócritas, pues, bien vista la situación, todos los involucrados obtienen una compensación menos la gestante, resultando "...incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación"(50). Es imperativo reconocer que ello no se aviene a la realidad social actual en la que no existe el costo cero, pues tanto "(e) l acceso a las prácticas médicas de reproducción asistida, e incluso la adopción, además del costo emocional, conlleva —en mayor o menor medida— un costo pecuniario"(51).

En definitiva, como señalaba Gil Domínguez, "la inmoralidad es la explotación y cosificación de la gestante, hecho que nada tiene que ver con la onerosidad", de forma que "...la nulidad del contrato puede devenir cuando el consentimiento esté viciado, pero no por la inmoralidad de su objeto. El gestar para otro no tiene nada de inmoral, como tampoco lo tiene el recibir una contraprestación económica por ello"(52).

Por lo demás, si bien la fórmula del respeto por la moral, el orden público y las buenas costumbres tiene un largo arraigo en nuestro derecho, es importante ser muy cuidadosos al momento de "traducir" su alcance, pues, movidos por juicios personales o valoraciones subjetivas, sencillo es caer en incongruencias. Basta pensar en el caso francés que opone un férreo rechazo a la gestación por sustitución con sustento en la inmoralidad de gestar un hijo para abandonarlo, acto que no parece ser, en cambio, éticamente reprochable como para cuestionar la legalidad del parto anónimo (53). Surge a las claras el subjetivismo que aquí subyace, pues un fundamento es un fundamento para todos los casos equiparables. Desde el simple sentido común cuesta imaginar que resulte inmoral que un bebé concebido (emocionalmente hablando) por quienes quieren ser sus padres les sea entregado por quien lo ha gestado y parido en plena, libre y voluntaria conciencia de estar haciéndolo para ellos, y que no lo sea dar a luz un hijo concebido por y para sí y luego decidir abandonarlo, robándole toda posibilidad futura de conocer sus orígenes. ¿Es realmente más inmoral "entregar el hijo ajeno gestado en el propio vientre" que "abandonar el hijo propio" despojándolo de su identidad? Estos cuestionamientos intentan provocar a la reflexión del lector, poner en tela de juicio la procedencia de los razonamientos morales en el ámbito jurídico y demostrar que una respuesta de tal índole no puede fundar una solución científica (sí señores, el derecho es una ciencia). Si desde la lógica esto no se sostiene, ¿cómo podría sustentarse jurídicamente la avenencia del parto anónimo con los derechos humanos y fundamentales del individuo cuando se le está sustrayendo a priori y a futuro su identidad biológica? ¿Cuál sería el fundamento jurídico para considerar reprochable la gestación para otros cuando es objeto de un convenio libre y voluntario de las partes, protege la identidad de la persona nacida al reconocérsele la filiación acorde a la voluntad procreacional, preserva la información genética y gestacional e impone a los padres la obligación de hacerles conocer sus orígenes biológicos?

4. El argumento de una procreación "más" responsable cuando es por gestación por sustitución

Una de las ideas que se repite entre los autores en el estudio de la gestación por sustitución es la necesidad de una procreación responsable en cuanto límite a la libertad procreacional. Como afirma Eekelaar, así como a los ciudadanos se les reconocen derechos también se les exige que los ejerzan con responsabilidad (54). La expresión "procreación responsable" es compleja y, si se quiere, bastante ambigua, pues mientras la palabra "procreación" muestra lo íntimo del acto, el calificativo "responsable" exterioriza la cuestión. Ya no será el individuo quien decida ser padre o madre, pues ser un padre o una madre responsable implica aceptar los parámetros de responsabilidad impuestos desde fuera (55).

Ahora bien, aun cuando el límite de la procreación responsable tenga mayor protagonismo en los casos de

filiación por TRHA que en los de filiación por naturaleza, parece ser que aún más responsable que cualquier otro tratamiento médico de reproducción asistida debe ser si se trata de una gestación por sustitución, haciéndose en estos casos una interpretación a nuestro juicio equivocada de la responsabilidad. Al menos ésta es la sensación que genera la lectura de afirmaciones como, por ejemplo, la que citamos a continuación: "...el ejercicio del personalísimo derecho a procrear, para que constituya expresión de dignidad humana, debe combinarse con la paternidad y la maternidad responsables... el derecho a la procreación no es ilimitado... su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear... tener hijos, como ya se apuntó, no debe verse sólo como un derecho, sino más como un deber hacia ellos, no se ostenta sobre los hijos un poder o un señorío inmediato y absoluto, no existe un derecho subjetivo al hijo, el hijo es un fin en sí mismo. Por tanto, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos"(56).

Pese a coincidir en que el derecho a la procreación no es ilimitado, creemos que en estos casos se están confundiendo algunas ideas. En primer lugar, no suscribimos la afirmación de que tener hijos sea más un deber hacia el hijo que un derecho. A nuestro entender, tener hijos o mejor dicho intentar tener hijos —pues el tenerlos no está garantizado— es un derecho y no existe un deber hacia un hijo que aún no existe y que se va a intentar tener. Lo que sí es más un deber que un derecho es la función de la responsabilidad parental que esos padres que lograron serlo deben desempeñar en favor de sus hijos. En segundo lugar, es importante reconocer que este derecho puede recibir limitaciones. Pensémoslo con un ejemplo. Sin duda es legítima la decisión de una mujer que decide intentar tener un hijo y convertirse en madre con cincuenta y cinco años gracias a su gran fertilidad. Sus familiares, amigos, allegados, vecinos y extraños podrán considerar que no es beneficioso para el niño, pues cuando tenga diez años su madre estará jubilada, será muy mayor, se cansará demasiado, tendrá menos paciencia, etc. Sin embargo, nadie podrá impedirle a esta señora tomar tal resolución y llevarla a cabo, ni siquiera el Estado. Tal elección entra dentro de una esfera tal de privacidad que nadie puede penetrar y este hermetismo tiene que ver con la circunstancia de que la procreación natural es el resultado de un acto tan íntimo como son las relaciones sexuales (57). Ello sin duda es diferente cuando para tener un hijo la mujer sale de su dormitorio y se dirige a una clínica de fertilidad. Este alejamiento del ámbito privado para acercarse al público es el que habilita al legislador a regular e imponer a priori ciertos topes.

Sin embargo, paradójicamente, en nuestro país la gestación por sustitución es de las TRHA que menos limitaciones recibe, pues no hay regulación ni prohibición. Por lo tanto, todo aquello que no está prohibido está permitido, hecho que conduce —de la mano del art. 19 de la CN— a que la autonomía de la voluntad tenga un ámbito de acción muy amplio en esta práctica. Desde esta perspectiva, no es posible emplear el adagio de la responsabilidad para prohibirla o para imponer requisitos que el legislador no establece sin correr el riesgo de vulnerar el principio de la libertad procreacional. La responsabilidad limita a la libertad, pero no puede coartarla, de modo que debe guardarse especial cuidado en no utilizarla para legitimar decisiones que impliquen un avasallamiento o intervención arbitraria en la autonomía personal. Piénsese que la procreación responsable tiene diversos tintes y si bien reconoce la existencia de valores como sustrato, todos ellos descansan en el respeto de los derechos fundamentales y en la observancia del interés superior del niño. Por su parte, este último no puede emplearse para restringir la libertad que, salvo regulación en contrario, tienen las personas, especialmente cuando hablamos del derecho a intentar procrear, en el que aún no hay un niño cuyo interés superior deba priorizarse.

VI. La persistencia de ciertas dudas

El hecho de que los jueces deban resolver las peticiones que se le presentan en el caso concreto sigue dejando sin respuesta si las soluciones jurisprudenciales que establecen la filiación materna por la voluntad procreacional se mantendrían de concurrir circunstancias fácticas diferentes. Una de ellas es qué pasaría si no hubiera acuerdo entre todos los intervinientes.

La jueza Cataldi justamente resuelve sobre la base de un caso en el que existía un entendimiento armónico y compartido por todos los intervinientes. Dice: "Por ello, ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la voluntad procreacional. Por lo tanto, la petición incoada debe tener una favorable acogida". ¿Significa ello, a contrario sensu, que de haber conflictos el interés superior del niño no tiene preeminencia? ¿O que tal adagio debe recibir una diferente lectura en un marco de conflictividad?

VII. Reflexión final

Tal como reconocimos supra, la extensión y riqueza de desarrollo del fallo de marras impide un comentario de mayor profundidad que respete el espacio que con tanta generosidad la revista nos brinda. Por lo demás, poco puede agregarse a toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial que la gestación por sustitución ha venido recibiendo en nuestro país en los últimos años.

Sin duda esta sentencia —como todas aquellas que la precedieron— viene con coraje y compromiso a apagar el incendio que el silencio legislativo desató, al tiempo que vuelve a encender la señal de alerta y a poner sobre la mesa la necesidad de una regulación.

Volvemos al principio de este artículo. La gestación por sustitución es un hecho y, por más que se siga mirando para otro lado, seguirá existiendo. Esta obstinación por negar lo que no se es capaz de comprender o compartir es miopía propia, no ceguera del destino (58) y persistir en la ausencia de necesidad de regular no convierte la realidad en una ilusión y si lo hace es porque esta ilusión que es la realidad, parafraseando a Einstein, es una ilusión muy persistente.

Otros preferimos perseverar en la lucha porque esa ilusión se torne realidad, pues, en definitiva, uno vive por la realidad pero existe por el ideal (59). Nos aferramos a la esperanza que no es ni realidad ni quimera, sino como los caminos de la Tierra, que han sido hechos por el gran número de transeúntes (60). Y así optimistas e incansables seguimos transitando por este sendero de un solo sentido: el de ir hacia adelante, recordando a José Ingenieros cuando afirmaba que "en la utopía de ayer se incubó la realidad de hoy, así como en la utopía de mañana palpitarán nuevas realidades".

(*) Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona). Abogada especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Miembro de AFIN. Profesora asociada de la asignatura "Derecho de la Niñez y la Adolescencia" (Universidad del Centro Educativo Latinoamericano). Este trabajo es fruto de la investigación realizada en el contexto del proyecto coordinado Retos de investigación "Deseos parentales y derechos reproductivos y filiales: miradas interdisciplinares sobre decisiones reproductivas y 'orígenes' en reproducción asistida, adopción y subrogación" (2016/2019), CSO2015-64551-C3-R, Ministerio de Economía y Competitividad, Financiación: 121.000, investigadora principal Diana Marre; Subproyecto 1: "Del control de la natalidad a la ansiedad demográfica: comunicación, secreto y anonimato en las tecnologías reproductivas del siglo XXI", CSO2015-64551-C3-1-R, investigadora principal Diana Marre.

(1) "El hombre está dispuesto siempre a negar todo aquello que no comprende", afirmaba este autor.

(2) De ello es dable reflexionar, junto a Kemelmajer, Herrera y Lloveras, que "(s) i el derecho se retirara o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos

y todo seguiría igual a través de los siglos... Psicológica y sociológicamente es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; pasado un tiempo, suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que llega la aceptación mayoritaria; éste es el caso de la fecundación in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida" (Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, Tratado de derecho de familia, según el Código Civil y Comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 524).

(3) Esta frase se le atribuye al escritor francés Albert Camus.

(4) Sobre la situación de alegalidad nos hemos abocado con Cappella previamente en: de Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor", RDF 2016-IV-136, AP AP/DOC/714/2016, trabajo al que remitimos.

(5) En el trabajo citado en la nota anterior hacíamos hincapié en que "...en Argentina 'es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio', como afirmaba Einstein. Es así que hoy en día nos encontramos ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial. Este vacío condena a los nacidos y a sus gestantes, padres, madres y familiares a un limbo jurídico del que sólo pueden ser rescatados por los jueces. De esta forma, hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, las personas involucradas permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Es más, debe advertirse que ese limbo mantiene al niño o niña, en el mejor de los casos, en una situación de alegalidad, cuando no de inexistencia legal, anulándolo deliberadamente en su condición de sujeto de derecho. Conforme con ello, al no regular, el propio Estado es partícipe '...en la producción de la irregularidad, marginación y exclusión de la población...', erigiéndose paradójicamente en responsable y redentor del limbo jurídico. Es decir, mientras el Poder Legislativo incumple con sus compromisos internacionales de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos diversos derechos humanos, el Poder Judicial asume la tarea de darles efectividad mediante pronunciamientos que, por bienintencionados que sean, sólo (con lo mucho que significa) dan solución a los casos concretos" (ibídem).

(6) Entre los primeros pueden mencionarse, a modo de ejemplo, Basset, Úrsula C., "Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?", LL del 2/5/2016, p. 6, LL 2016-C-88, DFyP 2016 (junio), 6/6/2016, p. 131, AR/DOC/1311/2016; Gitter, Andrés, "Gestación por sustitución", DFyP 2013 (noviembre), 1/11/2013, p. 105, AR/DOC/3214/2013; Seleme, Hugo O., "La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía", LL del 18/1/2013, p. 1, LL del 21/1/2013, p. 1; Galli Fiant, María Magdalena, "Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra", MJ-DOC-6195-AR | MJD6195; Sambrizzi, Eduardo A., "La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial", DFyP 2016 (mayo), 9/5/2016, p. 179, AR/DOC/1135/2016 y "Una nueva e improcedente sentencia que admite la maternidad subrogada", DFyP 2015 (diciembre), 7/12/2015, p. 210, AR/DOC/4031/2015. En la segunda postura se enrolan cada vez más autores, entre quienes nos incluimos (de Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit.), y por citar algunos de ellos: Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lamm, Eleonora - Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LL del 11/7/2013, p. 3, y "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", Revista de Derecho Privado, año I, nro. 1, ps. 3/45, DACF120032; Gil Domínguez, Andrés, "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad", RDF 2015-V-133, AP AP/DOC/789/2015, y "Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución", Diario Familia y Sucesiones, nro. 40, 21/8/2015, Diario DPI Cuántico, disponible en línea, enlace directo: www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-21.pdf, última consulta: 9/1/2017; Herrera, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar", Infojus, 29/12/2014, Id SAIJ: DACF140902, disponible en línea, enlace directo: www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod, última consulta: 9/1/2017; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LL del 2/7/2014, p. 1, LL 2014-D-1165, AR/DOC/2285/2014; Famá, María Victoria, "La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar", DFyP 2015 (diciembre), 7/12/2015,

p. 197, AR/DOC/3996/2015; Krasnow, Adriana y Pitasny, Tatiana, "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", MJ-DOC-7539-AR | MJD7539; Notrica, Federico y Melón, Pablo, "El derecho humano a la identidad en la gestación por sustitución", Ponencia presentada en la Comisión 6, Familia: "Identidad y filiación" de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), disponible en línea en www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Notrica-Mel%C3%B3n_EL-DERECHO.pdf, última consulta 9/1/2017; Lamm, Eleonora, "Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad", RDF 2015-V-137, AP/DOC/786/2015; Arias, Noelia, "El derecho filiatorio tras la reforma: algunos apuntes a poco de su entrada en vigencia", RDF 2016-73-93, AP/DOC/62/2016; Berger, Sabrina M., "Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución", DFyP 2015 (noviembre), 4/11/2015, p. 208, AR/DOC/3169/2015; Burgués, Marisol B. - Vázquez Acatto, Mariana, "Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación", MJ-DOC-10384-AR | MJD10384, MJ-DOC-10385-AR | MJD10385 y MJ-DOC-10386-AR | MJD10386; Cotado, Francisco, "Gestación por sustitución: una realidad que necesita ser regulada", RDF 2016-III-113, AP/DOC/489/2016; Brandone, María M., "Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?", DFyP 2016 (febrero), 4/2/2016, 223, AR/DOC/3173/2015; Hernández, Natalia, "Cuando la justicia dice lo que las normas callan. Apelando, una vez más, al derecho internacional de los derechos humanos", RDF 2016-III-136, AP/DOC/483/2016.

(7) "Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición" (el destacado nos pertenece).

(8) Los nombres que se emplean en este comentario para identificar a las personas involucradas en el caso son ficticios en respeto de su derecho a la intimidad personal y familiar.

(9) Ibídem.

(10) Gil Domínguez, Andrés, "Gestación por sustitución...", cit.

(11) Sostienen este resquemor en el antiguo y restrictivo concepto de derecho a la salud, que se contrapone a la concepción amplia que le reconoce hoy en día la OMS. En efecto, según las conceptualizaciones tradicionales, la salud se traduce en una fórmula muy simple: "la ausencia de enfermedad". De este modo, la infertilidad, en cuanto "funcionamiento anormal del sistema reproductivo" que priva a las personas de la posibilidad de crear una familia, comporta en sí una enfermedad ("D. A. K. y otro v. IOMA s/amparo" y "Ayuso, M R. y otros v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", sentencia del Juz. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As. n. 6, secretaría n. 12, 20/11/2007). Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha ido abriendo paso la idea de la salud como "...un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (véase, Constitución de la OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados; disponible en línea, enlace directo: www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, última consulta: 9/1/2017). Es así que "...nos encontramos hoy en día frente a una noción amplia de salud, que comporta mucho más que el estado de no afección del organismo humano y alcanza otros aspectos de la persona —como el psicológico— e incluso la transcienden para rebasar su entorno social. Un concepto de tal amplitud, permite abarcar —además de los ya clásicos supuestos de infertilidad— aquellos casos en que, por la causa que fuere, no es posible tener hijos y reconocer como eventual afectado a cualquier tipo de pareja (con independencia de la orientación sexual de sus miembros) e incluso a la persona" (De Lorenzi, Mariana A., "Reproducción asistida y orientación sexual. La igualdad de las iguales", RDF 2010-II-91, AP AP/DOC/1187/2012).

(12) Tal como el rechazo por la mujer a los cambios que el cuerpo sufre con un embarazo, motivado por cuestiones estéticas, laborales, etc.

(13) Se desconfía, fundamentalmente, de que la gestante mantenga su palabra y existe la inquietud acerca de que ésta se arrepienta, creyéndose que existen más posibilidades que ello ocurra si se encuentra además unida

genéticamente al niño, razón por la que tiende a rechazarse que la mujer que lleve adelante el embarazo aporte además sus óvulos.

(14) Trib. Col. Familia Rosario n. 5, 27/5/2016, "S. G. G. y otros s/filiación", AR/JUR/37971/2016.

(15) Con excepción del caso resuelto por el Juzg. Familia Mendoza, "A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva", 29/7/2015, AR/JUR/28597/2015, en el que el magistrado se manifiesta favorable a la compensación económica de la gestante en estos términos: "Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidas por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último. Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación".

(16) Volvemos a aclarar que el nombre utilizado para identificar al niño es ficticio en respeto a su derecho a la intimidad.

(17) Para disponer la aplicación del CCiv.yCom. sigue el criterio del consumo jurídico (art. 7º del CCiv.yCom.). En este caso, el nacimiento de L., su inscripción en el Registro Civil y la interposición de la acción tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia del CCiv.yCom., en tanto que la sentencia se pronuncia claramente después de ella.

(18) Sobre el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes biológicos nos hemos abocado en profundidad en diversos trabajos, a saber: de Lorenzi, Mariana A., "El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida", en Fernández, Silvia E (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes - La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), capítulo 7, sección 2ª, título 2, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 1059/1080; "El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos", en Fernández, Silvia E. (dir.), Tratado. cit., capítulo 8, sección 2ª, título 2, t. I, ps. 1081/1111; "El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, vol. 8, julio de 2016, ps. 101/124, disponible en línea, enlace directo: www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/703/, última consulta: 9/1/2017; "Newsletter Afin nro. 85: 'El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña'", julio-agosto 2016, disponible en línea, enlace directo: www.ddd.uab.cat/pub/afin/afinSPA/afin_a2016m7n85iSPA.pdf, última consulta: 9/1/2017; "El derecho a conocer los orígenes biológicos - La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos de reproducción humana asistida", tesis doctoral defendida en Barcelona el 5/11/2015, disponible en línea, enlace directo: www.hdl.handle.net/10803/368170, última consulta: 9/1/2017; "¿De dónde vengo? La emblemática pregunta por los orígenes formulada por los hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida", en Villagrasa Alcaide, Carlos - Ravetllat Ballesté, Isaac (coords.), Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, Bosch, Barcelona, 2009, Comunicaciones (e-book), eje temático 1: La participación social de la infancia y la adolescencia: por su incorporación a la ciudadanía activa, ps. 797/838; Giroux, Michelle - de Lorenzi, Mariana, "Putting the Child First: A Necessary Step in the Recognition of the Right to Identity in Canadian Law", Canadian Journal of Family Law, vol. 27, nro. 1, 2011, ps. 53/94, y "The Recognition of the Right to Identity of Children Born of Assisted Procreation: A Provincial Responsibility", en Guichon, Juliet R.; Mitchell, Ian - Giroux, Michelle (eds.), The Right to Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children, Academic and Scientific Publishers NV, Brussels, 2012, ps. 310/318; de Lorenzi, Mariana - Piñero, Verónica, "Assisted Human Reproduction Offspring and the Fundamental Right to Identity: Recognition of the Right to Know One's Origins under the European Convention of Human Rights", Personalized Medicine, vol. 6, nro. 1, 2009, ps. 79/92.

(19) Con ello no queremos decir que sea un tema cerrado ni superado, pues hasta tanto no exista una regulación de la figura seguirán azotándonos las incertidumbres acerca de la resolución que el juez de turno brinde al caso concreto, fundamentalmente cuando existan particularidades sobre las que aún no ha habido pronunciamientos. Sin perjuicio de ello, nos permitimos partir de esta premisa, tomándola como cierta, remitiendo a los fundamentos oportunamente desarrollados para centrarnos aquí en otras cuestiones. Para mayor abundamiento, puede consultarse: de Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit.; de Lorenzi, Mariana A., "El derecho de familia entre lo público y lo privado", en Krasnow, Adriana (dir.), Tratado de derecho de familia, capítulo 2, tercera parte, t. I, Thomson-Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 173/216; de Lorenzi, Mariana A., "Madre no hay una sola: La doble maternidad del hijo nacido de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida", RDF octubre 2011, ps. 185/201.

(20) En efecto, tomando en consideración que la nacionalidad se rige en muchos países únicamente por el ius sanguinis, muchos padres por gestación por sustitución se enfrentan a la dura realidad de que la negativa de los registros civiles o consulares a inscribir a sus hijos como tales conlleva una negativa de atribución de la nacionalidad de aquéllos a éstos, colocándolos en una desoladora situación de apatridia.

(21) "Mennesson v. France", 5ta. Section, Judgment of 26 September 2014, Application nro. 65192/11.

(22) "Labassee v. France", 5é Section, Arrêt 26 Septembre 2014, Requête nro. 65941/11.

(23) "Foulon et Bouvet v. France", 5é Section, Arrêt 21 Juillet 2016, Définitif 21/10/2016, Requêtes nro. 9063/14 et 10410/14.

(24) "Paradiso and Campanelli v. Italy", 2ª Section, Judgment of 27 January 2015, Application nro. 25358/12.

(25) "Paradiso and Campanelli v. Italy", Grand Chamber, Judgment of 24 January 2017, Application nro. 25358/12.

(26) La pareja recurrió a una FIV en una clínica rusa que debía emplear material genético femenino de donante y masculino del propio Campanelli; pero, según surge de los estudios de ADN practicados con posterioridad, el centro no habría utilizado el semen de éste.

(27) UNICEF, "El registro de nacimiento - El derecho a tener derechos", Innocenti Digest, nro. 9, Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia, marzo 2002, p. 1. En el mismo sentido: Dow, Unity, "Birth Registration: The 'first' right", en The Progress of Nations, UNICEF, EE.UU., 1998, ps. 5/8.

(28) Huawen, Liu, "The Child's Right to Birth Registration. International and Chinese Perspectives", en Lödrup, P. - Modvar, E. (eds.), Family Life and Human Rights. Papers Presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law, Gyldendal Akademisk, Noruega, 2004, p. 445.

(29) Véanse, por ejemplo, los casos "Gelman v. Uruguay" (sentencia de 24/2/2010, Serie C, nro. 221); "Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana" (sentencia de 8/9/2005, Serie C, nro. 130, y las sucesivas resoluciones de supervisión); "Masacre de las Dos Erres v. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)" (sentencia de 24/11/2009, Serie C, nro. 211, y las sucesivas resoluciones de supervisión de cumplimiento). Ella se ha mostrado especialmente preocupada en cómo el transcurso del tiempo puede afectar el interés superior del niño como lo demuestran los casos "Furlán y familiares v. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)" (sentencia de 31/8/2012, Serie C, nro. 246) o el asunto "L. M. respecto Paraguay" (resolución de 1/7/2011, seguida por las de fecha 23/1 y 27/4/2012). Sobre el interés superior del niño y su violación por el transcurso del tiempo, véase Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Fernández, Silvia E. (dir.), Tratado..., cit., capítulo 6, sección 1ª, título 1, t. I, ps. 128/130; y sobre las cuestiones problemáticas que se presentan, fundamentalmente, con respecto al derecho al nombre y el derecho a la identidad de género de los niños, niñas y adolescentes, Krasnow, Adriana, "Derecho a la identidad y a la identificación", en Fernández, Silvia E. (dir.), Tratado..., cit., capítulo 11, sección 1ª, título 2, t. I, ps. 489/532.

(30) Entre las observaciones generales del Comité que hacen referencia al registro del niño al nacer es dable citar la 6/2005: "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", 39 período de sesiones, del 17 de mayo al 3 de junio de 2005, CRC/GC/2005/6, §§ 3, 21.ii), 31.iv) y 42; la 7/2005:

"Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 40 período de sesiones, Ginebra, del 12 al 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 25, o la 9/2006: "Los derechos de los niños con discapacidad", 43 período de sesiones, Ginebra, del 11 al 29 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/9, §§ 35 y 36.

(31) Consejo Permanente, Doc. ODI/doc.04/07, 9/3/2007; Oficina de Derecho Internacional, "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad", aprobado por la resolución AG/RES.2362 (XXXVIII-O/08), 4ª sesión plenaria, 3 de junio de 2008; Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (Consejo Permanente), "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad" (2007), AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), 3/6/2008; Asamblea General, "Declaración de Medellín: Juventud y Valores Democráticos", AG/DEC. 57 (XXXVIII-O/08), 38 período de sesiones, 1 a 3 de junio de 2008, § 33.

(32) Burgués, Marisol B. - Vázquez Acatto, Mariana, "Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Segunda parte", MJ-DOC-10385-AR | MJD10385.

(33) Pueden verse, por ejemplo, Rivera, Julio César, Instituciones de derecho civil. Parte general. Técnicas de reproducción asistida, AP 9202/006986; Fortuna, Mariana J., "Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida", RDF 2012-V-25, AP/DOC/3322/2012; Sojo, Lorenzo A., "El anonimato de los donantes de gametos y embriones en el Proyecto", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, t. 2012, AR/DOC/2162/2012.

(34) Como bien observan Hodgkin y Newell el término "biológico", hoy en día, no permite determinar si se refiere a la madre genética o a la gestacional (Hodgkin, Rachel - Newell, Peter, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, 1998, p. 104). Por esta razón, consideramos apropiado utilizar la expresión "biológico" en un sentido amplio, comprensivo tanto del vínculo genético como del gestacional, pues el adjetivo "biológico" (que el Diccionario de la RAE define como "perteneciente o relativo a la biología", a la que caracteriza como "ciencia que trata de los seres vivos") es suficientemente amplio como para abarcar ambos supuestos.

(35) Este derecho resulta implícitamente consagrado por la CDN a partir de una interpretación integradora de los arts. 7º, 8º, 13 y 22. Una lectura de las dos últimas normas acorde con la importancia que los arts. 7º y 8º dan al derecho a conocer los orígenes biológicos —unidas a la consideración otros principios, como los de igualdad (art. 2.1) o interés superior del niño (art. 3.1)— es posible interpretar que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a buscar y obtener la información a ellos relativa no sólo es conforme a los principios y espíritu de la CDN sino una herramienta fundamental para que aquéllos sean efectivos. Véase de Lorenzi, Mariana A., "El derecho...", cit., ps. 1106/1108.

(36) Que "...es más amplia (puede ser solicitada para el niño, cualquiera sea la edad, incluso por terceros, como son los médicos) y se accede a ella rápida y fácilmente (no requiere intervención judicial)" (Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LL del 9/10/2012, p. 1; LL 2012-E-1257, AR/DOC/5149/2012). Véanse, asimismo, Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Síntesis debate sobre procreación asistida. Tercer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur", RDF 2009-43-499; "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso Odièvre v. France", RDF 2004-26-77/99, AP 0029/000211; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lamm, Eleonora - Herrera, Marisa, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL 2010-E-977.

(37) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lamm, Eleonora - Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución...", cit.

(38) Recuérdese que tanto la intención de ser padre como de no serlo resultaban vacuas en el caso de la filiación por naturaleza, pues, aun cuando pudieran tener algún juego a priori (como en el caso de reconocimiento del hijo no biológico como en la negativa a reconocer al que sí lo era), él era endeble, pues bastaba la prueba de la ausencia o existencia del vínculo biológico para que éste desplazara por completo la voluntad en uno u otro sentido contrario a él.

(39) "En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético

no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre".

(40) Véase el considerando V de la sentencia.

(41) Se explica, por ejemplo, en el legendario caso "Johnson, Anna v. Calvert, Mark et Al.", Supreme Court of California, May 20, 1993, 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776.

(42) Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, Buenos Aires, 2014, ps. 27 y ss.

(43) Véase, por todos, Berger, Sabrina, "Cuestiones abiertas...", cit.

(44) "b) la gestante tiene plena capacidad, posee buena salud física y psíquica; fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales" (considerando XI).

(45) Por ello afirmábamos en otra oportunidad con Cappella que "(a) l nominarla como 'madre', se emplaza a la mujer en un estatus que no inviste, cuando en verdad ha de escindirse la capacidad gestacional de la capacidad de maternar. Por otro lado, al atribuirle a la gestante una especial funcionalidad (portantes, termos, incubadoras, etc.), se la posiciona como objeto o instrumento reproductivo. Estas fórmulas explican y/o coadyuvan al controvertido argumento de la cosificación y explotación de las gestantes que subyace y causa resquemores en su admisibilidad" (De Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit.).

(46) Véanse Gil Domínguez, Andrés, "Gestación por sustitución...", cit.; Lamm, Eleonora, "Una vez más...", cit.; Bullard González, Alfredo, "El derecho de nacer. Sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada", RDF 2009-42-21, AP AP/DOC/1662/2012. Para un mayor desarrollo, véase: de Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit.

(47) Juzg. Familia Mendoza, 29/7/2015, "A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva", AR/JUR/28597/2015.

(48) Véase, al respecto, el desarrollo argumental que trae la sentencia del Juzgado de Familia de Mendoza, 29/7/2015, "A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva", AR/JUR/28597/2015. Véase, asimismo, Berger, Sabrina, "Cuestiones abiertas...", cit.

(49) De Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit. De hecho, Gil Domínguez se manifiesta favorable a la onerosidad con los siguientes argumentos, a saber: 1) resulta un "contrasentido injustificable" impedir a la mujer contratar su capacidad gestacional cuando, en ciertos supuestos, tiene el derecho constitucional y convencional de interrumpir legalmente el embarazo; 2) el rol respecto del cuerpo de la mujer (gestar "otro para otros") es el mismo, sea altruista u onerosamente; y 3) "...la prohibición de la onerosidad, lejos de proteger a la mujer gestante, la ubica en un plano de alta desprotección cuando conviene una contraprestación, puesto que, ante el eventual incumplimiento de lo pactado, no podrá reclamar por sus derechos acudiendo a la vía judicial" ("Gestación por sustitución...", cit.). Por su parte, para Lamm: "(l) a no explotación de la persona que gesta no depende de si se paga o no"; "(l) a gestación por sustitución comercial no implica por sí misma explotación", y este argumento "...viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación... y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional" e "ignora las voces de las propias personas gestantes" ("Una vez más...", cit.). También Bullard González defiende la legalidad de la modalidad onerosa y la considera una "...garantía suficiente para que luego no se arrepientan de su decisión o, de hacerlo, asuman las consecuencias" ("El derecho de nacer...", cit.).

(50) Juzg. Familia Mendoza, 29/7/2015, "A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva", AR/JUR/28597/2015.

(51) De Lorenzi, Mariana - Cappella, Lorena, "Gestación...", cit.

(52) Gil Domínguez, Andrés, "Gestación por sustitución...", cit.

(53) Véase, al respecto, Borrillo, Daniel, "La 'biofamilia' en Francia: ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad?", RDF2012-55-177, AP AP/DOC/2179/2012, y Rivero Hernández, Francisco, "¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español", Anuario de Derecho Civil, vol. 50, nro. 1, 1997, ps. 5/96, y "De nuevo sobre el derecho a conocer el

propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", Actualidad Civil, vol. junio de 2003, nro. 2, 2003, ps. 593/632, versión digital, ref. La Ley 1018/2003.

(54) Eekelaar, John, "The End of an Era?", en Katz, Sanford - Eekelaar, John - MacLean, Mavis, Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England, Chapter 29, Oxford University Press, 2000, p. 649.

(55) De Lorenzi, Mariana A., "La voluntad parental ¿Cuánto vale el 'sí, quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida", en Lloveras, Nora - Herrera, Marisa (dirs.), El derecho de familia en Latinoamérica 1, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, ps. 699/700.

(56) Valdés Díaz, Caridad del Carmen, "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", DFyP 2015 (junio), 8/6/2015, p. 172, AR/DOC/1413/2015.

(57) "A diferencia del resto de funciones que a lo largo de la historia han ido oscilando entre la familia y la sociedad (como la educación de la prole, la unidad de renta y consumo, las tareas domésticas, la recreación, la salud, etc.), la reproducción ha estado reservada al ámbito particular. Posiblemente la indisolubilidad que existió durante siglos entre relaciones sexuales (o 'íntimas') y fecundación, fue la que redujo la función reproductiva al ámbito privado. El Estado no podía ni tenía por qué intervenir, quedando así excluido del acto reproductivo en sí, reservándose su intervención a posteriori para regular las relaciones paterno-filiales" (De Lorenzi, Mariana A., "El derecho de familia...", cit., p. 170. Véanse, asimismo, las páginas siguientes).

(58) Decía el escritor estadounidense William Faulkner que lo que se considera ceguera del destino es en realidad miopía propia.

(59) Como con tanta precisión destacara Víctor Hugo.

(60) Afirmación que se atribuye al escritor chino Lu Xun.