Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/714/2016

Filiación ~ Filiación en caso de técnicas de biogenética

Autores: De Lorenzi, Mariana A.; Cappella, Lorena S.
Título: Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor
Fallo Comentado: Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora ~ 2015-12-30 ~ H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC ;Juzgado de Familia nº 9, Bariloche ~ 2015-12-29 ~ Dato reservado
Publicado: RDF 2016-IV-136
Sección: JURISPRUDENCIA ANOTADA

(*)

(**)

I. Introducción

Amor y desamor son factores que subyacen y atraviesan las relaciones personales que se dan en la esfera del derecho de las familias.

Saint-Exupéry expresó que "(e)l verdadero amor no es más que el deseo inevitable de ayudar al otro a que sea quien en verdad es"(1). En este contexto, la gestación por sustitución se presenta como una técnica de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) que, a más de posibilitar el ejercicio del derecho reproductivo en pos del libre desarrollo de la personalidad, conlleva un inmenso acto de amor tanto de quienes quieren ser padres (2) como de quien presta para ello su útero. Mientras el amor de los primeros está reservado por y para el anhelado hijo o hija, el amor de la gestante es por y para aquellos que albergan el deseo de formar una familia. Ese amor que da inicio al proyecto parental se traduce al lenguaje jurídico en lo que conocemos como "voluntad procreacional".

Aun cuando la gestación por sustitución viene acaparando la atención de los juristas desde hace varios años, fundamentalmente en el derecho comparado, especial protagonismo judicial ha ido adquiriendo en nuestro país en esta última década.

En el arduo camino a la concreción del deseo de ser padres, se nos presentan a comentario dos casos en que las parejas involucradas requieren el auxilio judicial en miras a regularizar la situación legal del niño o niña por nacer. Ambas solicitudes se formulan antes del alumbramiento (pre-parto), aunque lo hacen en diferentes momentos del proceso gestacional, a saber: una vez obtenidos los embriones in vitro, pero antes de su implante en el vientre de la gestante (caso resuelto por el Juzgado n. 9 de Bariloche) y ex post facto, es decir, una vez logrado con éxito el embarazo (caso a cargo del Juzgado n. 7 de Lomas de Zamora). Se pone así en manos de las juezas intervinientes garantizar la íntegra protección de derechos humanos y fundamentales en juego, como son el derecho a intentar procrear (3) o el derecho a la identidad.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

II. Relato de los hechos

Las resoluciones, dictadas a finales de diciembre de 2015, dan respuesta a los requerimientos de dos familias que recurren al auxilio de la gestación por sustitución, aceptando el desafío que el vacío legal existente plantea (4). Ellas reconocen diversos precedentes jurisprudenciales a nivel nacional (5) y extranjero.

El padecimiento de una anomalía congénita que impide alcanzar y llevar adelante un embarazo hacía que esta técnica reproductiva se erija en la única alternativa de tener descendencia genética (6). Se trata de prácticas altruistas, en las que las gestantes de los embriones, formados con el material genético de los padres intencionales (7), son personas muy cercanas del círculo familiar —la cuñada y la hermana de la madre intencional, respectivamente—, quienes, a la sazón, ya habían tenido descendencia.

La pretensión de fondo compartida es obtener la aquiescencia judicial para que, tras el nacimiento, los gestados gocen de una filiación y, a partir de ella, de un estatus jurídico acorde con la voluntad procreacional. Se busca, así, obtener una declaración que pronuncie inaplicable el principio sentado por el art. 562 del CCiv.yCom., cuando dispone que "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz..." para que lo sean de la madre intencional. Las acciones incoadas son, sin embargo, diferentes. A la jueza de Bariloche se le requiere autorización para la implantación de los embriones en la cuñada de la mujer. Ante la situación consumada, en cambio, se solicita la anuencia de la magistrada de Lomas de Zamora para la inscripción de la niña por nacer como hija de la mujer cuya hermana la está gestando. En ambos supuestos se cuenta con el beneplácito del Ministerio Fiscal.

Como puede observarse, los asuntos en análisis no presentan mayores complejidades que las propias de la gestación por sustitución. Nos encontramos ante supuestos que podrían ser calificados de "baja" complejidad (8). Para comenzar, estamos ante parejas heterosexuales que acuden a la gestación por sustitución por razones de salud que les impiden procrear. Los embriones (implantado y a implantarse) se forman in vitro de los gametos aportados por ambos miembros de la pareja. La gestante acepta el encargo voluntariamente y de manera altruista y filantrópica. Estas circunstancias hacen perceptible, a contrario sensu, la posibilidad de que se presenten situaciones más problemáticas. Una de ellas sería el caso de que fueran otros los comitentes, como una pareja del mismo sexo (9) o una persona sola (10). Es dable barajar también la posibilidad de que las motivaciones fueran otras, diferentes a la maternidad o la paternidad (como no querer estar embarazadas por cuestiones estéticas, laborales o de otro tipo) o a la filantropía (como las razones económicas u otros móviles). Mayores dudas podría plantear el hecho de que la gestante fuera una persona ajena al círculo familiar o afectivo de los comitentes, o la circunstancia de que los gametos no pertenecieran a ninguno o alguno de ellos, como sería si mediaran donante/s y/o una gestante.

III. Una mirada comparativa de los casos

Siguiendo una línea argumental similar, los fallos en análisis coinciden en cuatro argumentos: 1) la gestación por sustitución no está prohibida; 2) el valor de la voluntad procreacional en los solicitantes; 3) la ausencia de cosificación y explotación de la gestante y 4) la remisión a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso "Artavia Murillo y otros" sobre los derechos involucrados en la gestación por sustitución (11).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

En la parte resolutiva, concuerdan en la necesidad de emplazar a los nacidos como hijos o hijas de las personas que ostentan voluntad procreacional. En pos de este objetivo, el fallo de Lomas de Zamora ordena que tras el nacimiento se expida el correspondiente certificado, se inscriba de inmediato a la niña con el nombre solicitado y los apellidos del padre y de la madre y se conceda a favor de esta última la licencia por maternidad. Por su parte, la jueza de Bariloche autoriza, previa suscripción del consentimiento informado, que se proceda a la transferencia embrionaria y obliga a que, tras el nacimiento, se anoticie de inmediato al juzgado a los efectos de la inscripción. Disponen, asimismo, que los padres tienen la obligación de hacer conocer a los nacidos la verdad sobre su gestación y nacimiento.

En pos de prevenir una eventual confusión de roles, atendiendo al vínculo de parentesco existente, las resoluciones establecen la necesidad de apoyo psicológico, en un caso para las dos parejas involucradas (12) y en el otro únicamente para la gestante y sus hijos o hijas (13).

Finalmente, es importante resaltar dos cuestiones resueltas por la magistrada de Lomas de Zamora en las que su par de Bariloche guarda silencio.

Por un lado, no conforme con dar respuesta favorable a las peticiones formuladas, la jueza da un paso más y declara la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCiv.yCom., en tanto "...configura para los integrantes de esta familia... una barrera que tornaba inaccesible para ellos el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar"(14).

Desde esta perspectiva se explica que aquélla insista, en diversas ocasiones, en la necesidad de regular legalmente las gestaciones por sustitución y en que esta solución es la que mejor satisface el interés superior del niño o niña, al responder con seguridad jurídica a las dudas existentes y asegurando una inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional (15). Es dable aclarar que, pese a no formular el mismo reclamo, al calificar los numerosos interrogantes que la temática arroja como imponderables y, por tanto, imposibles de ser allí sopesados, la sentencia de Bariloche estaría también requiriendo, aunque implícitamente, una regulación legal.

Para concluir, debe destacarse que esta necesidad no sólo se constata a nivel nacional sino también a nivel mundial, razón por la que en el marco de La Haya se está trabajando intensamente en la elaboración de un instrumento internacional que siente pautas mínimas comunes entre los Estados y dé solución a una práctica que trasborda especialmente las fronteras. En este sentido, en el año 2010, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya encomienda la elaboración de un informe preliminar a la Oficina Permanente, la cual, desde que lo presenta en 2012 (16), no ha hecho sino avanzar en dirección hacia la convención. En febrero de este año se constituyó un Grupo de Expertos. Hasta tanto este último aborde y/o proponga conclusiones definitivas, queda latente la preocupación por diversos problemas detectados por estos especialistas y la Oficina Permanente (17). Se expresan, así, los temores que la ausencia de reglas uniformes pueda acarrear a los casos que trasvasan las fronteras, afectando a los niños, niñas y sus familias y habilitando preocupantes ilegalidades (18). Siguen quedando sin respuesta cuestiones como las relativas a la filiación cuando las circunstancias difieran de aquéllas sobre las que hay cierto consenso (19), las dificultades e incluso incapacidad de los Estados para resolver con leyes nacionales un tema tan internacional (20), entre otras inquietudes más amplias que surgen de estas prácticas (21).

IV. Una mirada transversal a los casos

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

En este acápite proponemos un análisis de las cuestiones que atraviesan los fallos en estudio y que despertaron nuestro particular interés.

1. La "alegalidad" de la gestación por sustitución

Pese al intento de nuestros juristas por brindar un marco legal a estas prácticas, la norma del Proyecto de Reforma al CCiv. que establecía las condiciones de admisibilidad para la determinación judicial de la filiación conforme a la voluntad procreacional, finalmente no vio la luz (22).

Tampoco hace mención a ella la regulación nacional del acceso integral a las TRHA, como la ley 26.862 (23) o su decreto reglamentario 956/2013 (en adelante, ley 26.862 y decreto reglamentario, respectivamente) (24).

Excluida su mención expresa de la normativa infraconstitucional, y no obstante el reclamo de un destacado sector de la doctrina (25), Argentina se mantiene dentro de la tendencia abstencionista seguida por países como Noruega, Bélgica, Holanda, República Checa, Irlanda, Japón, Colombia, Uruguay, Venezuela, Costa Rica o algunos estados estadounidenses (26).

Sin embargo, cumpliéndose el vaticinio que la Comisión Redactora del Anteproyecto realizaba en sus Fundamentos, la realidad social y específicamente casos como los aquí analizados nos demuestran que el vacío legislativo no se ha erigido en obstáculo para que nuestras familias efectivamente recurran a esta práctica y a que sea la justicia la que deba dar respuesta a los conflictos jurídicos que genera.

Como parece ser, 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 (27), 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..."(28), 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.

La nebulosa en la que este tema se encuentra se condensa aún más con los interrogantes que ella presenta: ¿La ausencia de esta práctica en la enumeración que trae el art. 2 del decreto reglamentario implica negarle el carácter de TRHA? ¿Conduce el art. 562 del CCiv.yCom. a considerarla una práctica prohibida? ¿Son nulos los convenios que la regulen? ¿Es el art. 562 del CCiv.yCom. inconstitucional y anticonvencional? ¿Afecta la gestación por sustitución al orden público familiar? En definitiva, ¿cuál es la situación de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino?

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

a) La consideración de la gestación por sustitución como una TRHA

El hecho de que la regulación de la gestación por sustitución exceda el objeto general de la legislación reproductiva no impide lamentar su omisión de la letra del art. 2 del decreto reglamentario, norma que define estas prácticas y enumera los tratamientos de "baja" y "alta complejidad". No obstante, la gestación por sustitución no recibe mención en ninguna de estas categorías.

¿Impide ello considerarla una TRHA?

Para desentrañar esta cuestión es necesario partir del derecho constitucional de las familias y así lo entienden ambas sentencias cuando afirman —en coherencia con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso "Artavia Murillo"— que se entrelazan numerosos derechos humanos (tales como el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, el derecho a la identidad, el derecho a la vida privada y familiar, la autonomía personal o el principio de igualdad y no discriminación).

Desde esta perspectiva, para no contradecir ni ignorar las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, deben contextualizarse las normas internas en él y concluir que en cuanto "tratamiento o procedimiento para la consecución de un embarazo"(29), la gestación por sustitución es una TRHA.

Por lo demás, este plexo normativo hace referencia a las TRHA a las que las personas tienen derecho a acceder sin costo, no a las que están permitidas en el ordenamiento jurídico argentino.

Ahora bien, ¿bajo qué modalidad se encontraría incluida? ¿De "alta complejidad"? ¿De "baja complejidad"? ¿En los dos casos?

Atendiendo a la clasificación legal que formula el art. 2 del decreto reglamentario, las gestaciones por sustitución que tuvieron lugar en las sentencias son de "alta complejidad", pues "la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino".

La locución "incluyendo" que utiliza la norma para mencionar procedimientos de este tipo (30) muestra el carácter meramente ejemplificativo de la enumeración y permite considerar entre ellas a la gestación por sustitución.

Aunque más dudas pueda suscitar su resguardo como práctica de baja complejidad, por la fórmula más cerrada que trae el artículo (31), su párrafo final flexibiliza tal rigidez, avalando así su carácter enunciativo, al habilitar la incorporación de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la ley 26.862 (32).

Es asimismo imprescindible destacar que una lectura literal de las normas no autoriza una negativa a considerarla incluida sin pasar previa y necesariamente por el control de convencionalidad. Ante la ausencia de regulación legal, las decisiones judiciales que denieguen el acceso a alguna de estas dos modalidades o realicen distinciones

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

entre las personas por haber nacido de uno u otro modo, en la determinación de la filiación o en el reconocimiento de los derechos que de ella deriven, no superan este examen. Menos si ellas se basan en un decreto que reglamenta una ley que no prohíbe estas prácticas, sólo regula su acceso y en un sistema legislativo que no las condena ni civil ni penalmente.

Por su parte, el CCiv.yCom., pese a incorporar como una tercera forma de filiación a la filiación por TRHA, no sólo omite hacer mención expresa a la gestación por sustitución sino que podría decirse que la silencia.

¿Qué consecuencias acarrea el rechazo de la norma del Proyecto que preveía esta figura? ¿Es posible concluir en una prohibición de ella? ¿Son pasibles de nulidad los convenios que las regulan?

Las juezas intervinientes sostienen que el hecho de que haya sido suprimida de la redacción del CCiv.yCom. no implica que esté prohibida ni al margen de la ley en base a lo dispuesto por el principio de legalidad y a la especial recepción de la autonomía de la voluntad en el derecho filiatorio. Sendas conclusiones las conducen a reconocer tácitamente validez a los acuerdos "familiares" que en estos casos se celebraron.

Para ello, las justiciantes analizan la concurrencia de ciertas circunstancias y concluyen en la legalidad de las gestaciones por sustitución.

b) La inconstitucionalidad y/o anticonvencionalidad del art. 562 del CCiv.yCom.

En tanto que la jueza de Bariloche no se pronuncia al respecto, la magistrada de Lomas de Zamora entiende que el art. 562 del CCiv.yCom. resulta contrario a los derechos humanos consagrados en el art. 75, inc. 22, de la CN. Con este decisorio, frente a la alternativa de interpretar o suprimir la norma, la sentencia acude directamente al remedio de ultima ratio. De esta forma, la sentenciante busca dar cumplimiento ex officio, como autoridad pública competente, al mandato de la Corte IDH de verificar la compatibilidad de las prácticas y normas internas con el sistema interamericano de derechos humanos (33). Ahora bien, ¿no sería factible una interpretación del art. 562 del CCiv.yCom. que lo armonice con los derechos humanos y fundamentales en juego? ¿No resultaría más adecuado priorizar una interpretación que salve su constitucionalidad por sobre una que la declare?

Reflexionando sobre ello, y partiendo de la excepcionalidad y subsidiariedad de la declaración de inconstitucionalidad, consideramos que sí sería más conveniente que ésta fuera la última opción y que, en lo posible, se priorice una interpretación que adecúe la norma a los principios y derechos humanos, superando el control de convencionalidad (34).

Una respuesta desde los derechos fundamentales exige rechazar una filiación que, ideada sobre la base de la voluntad procreacional, la acabe desconociendo en favor de un vínculo aquí inoperante, como es el biológico.

Asumiendo el desafío de dar una lectura del art. 562 del CCiv.yCom. que suprima la impronta biologicista para hacer efectiva la consagración de la voluntad procreacional como fuente de la filiación, consideramos viable la siguiente reformulación del precepto en cuestión: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quienes han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos y/o el vientre"(35).

Con la eliminación de la referencia al parto (criterio desuetudo en los casos de reproducción humana asistida) se propone una interpretación que armonice el precepto a la intención del legislador (expuesta en el título que precede a la norma y en los Fundamentos del Anteproyecto) (36) de establecer la voluntad procreacional como pauta de determinación de la filiación. Resulta, asimismo, coherente con la prescindencia que la misma norma establece in fine respecto al elemento genético (37) (que debe hacerse extensiva al gestacional), con la inadmisibilidad de las acciones de filiación, con la teoría de los actos propios y con el resto de artículos sobre filiación que trae el CCiv.yCom., los que proclaman diferentes principios obrantes en la CN y en los tratados de derechos humanos.

c) La situación de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino

No puede hablarse de la alegalidad de la gestación por sustitución sin hacer mención a uno de los más sonados argumentos opositores: el de la afectación del orden público familiar (38). Sobran ejemplos en el derecho comparado de decisiones judiciales que consideran que la gestación por sustitución afecta normas de orden público familiar. Desde esta perspectiva, se presentan casos que adoptan soluciones en pro del orden público en desmedro del interés superior de los niños y niñas. Ello ocurre cuando se los coloca en una situación de inexistencia legal, negándoles su estado civil y/o familiar (39), o cuando se mantiene una maternidad ficticia (como es la de la gestante) o emplazan sólo al progenitor, dejando fuera de juego al o a los padres intencionales, obligándolos a recurrir a remedios artificiosos (como el acogimiento o la adopción integrativa) (40). En estos supuestos se borra con el codo aquello de que en la reproducción asistida el vínculo genético no importa; que, con tanto esfuerzo, se escribió cien veces con la mano. Esto cuando no se atreven a algo aún peor, como es despojar al niño o niña de la calidez de su entorno familiar para ponerlo en las frías manos de los servicios sociales (41).

Estamos de acuerdo que siguiendo lo dispuesto por el art. 19, CN, "...es posible afirmar que hoy en día queda librado a la autonomía de la voluntad todo aquello que no afecte al orden público" y que, conforme con ello, se subvierte la antigua regla que marcaba la preponderancia de éste a favor de aquélla (42). En lo que no coincidimos es en lo que entienden por orden público familiar. ¿Es de orden público un precepto que por desalentar (inútilmente, claro está) la gestación por sustitución considera que la maternidad se determina por el parto, pero no lo es la que establece el interés superior del niño o niña que impone el respeto de su derecho a la identidad? Al orden público familiar hacen sólo aquellas normas que buscan resguardar los derechos fundamentales de las personas, no las que, buscando tutelar el derecho de filiación del niño o niña, desatienden otro aspecto fundamental de su identidad, como es la protección de sus vínculos familiares. Una disposición de orden público jamás puede afectar un derecho fundamental (43).

Como explican Lloveras y Salomón, el carácter mutable del orden público y el cambio de paradigma producido en el año 1994 imponen al juzgador enfrentar las tensiones que los avances científicos plantean desde la nueva axiología jurídica impuesta por la CN y los tratados de derechos humanos, y al legislador, la elección de las normas menos restrictivas de los derechos humanos familiares. Sólo de este modo será posible dar efectividad al valor justicia (44).

Al compartir esta perspectiva, dejamos en claro que pensamos el orden público desde paradigmas diferentes a los que emplearon, por ejemplo, los jueces en los casos "Paradiso", "Mennesson", etc. La noción a la que estos

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

antecedentes suscriben parece seguir atada a un modelo tradicional de familia, protegido y sostenido por un derecho rígido y conservador, por lo cual no extraña que, en ese marco, el orden público haya sido, si se quiere, hermano del autoritarismo (45).

Por el contrario, "en un Estado de derecho, el orden público supremo se identifica con la Constitución en su carácter de supraestructura jurídica y condición de validez de las restantes normas del ordenamiento" y, desde el año 1994, su contenido "...se ha incrementado por una ampliación valorativa"(46) o, incluso, a nuestro entender, estimulándola.

Esta filosofía fue la que inspiró la reforma al CCiv. expresada en la convicción de que "...la mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo..."(47) e impide invadir esferas íntimas y personales como los proyectos procreacionales (48).

Es así que, a la luz de los derechos humanos, una interpretación restrictiva a su ejercicio no supera el control de constitucionalidad y convencionalidad.

2. La ausencia de cosificación y/o explotación de la gestante

Dentro del proceso de gestación por sustitución, la gestante asume indiscutiblemente un papel protagónico, en tanto partícipe necesaria, sin la cual el embarazo y el eventual nacimiento del niño o niña no podrían acaecer.

Históricamente se han referido a ella con locuciones que inducen a confusiones en cuanto a su verdadero rol. Se utilizan, así, expresiones equívocas y ambiguas que, a la par de subjetivarla, la objetivizan, cosificándola: "madre incubadora", "madre termo", "madre suplente", "madre sustituta", "madre por encargo", "madre por cuenta de otro", "madre de alquiler", "madre subrogada", "madre gestante", "madre portante", entre otras (49).

Al 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.

Existe cosificación cuando la mujer, anulada en su capacidad y/o libertad de decidir, es instrumentalizada y denigrada. Esto no es lo que acaece en los supuestos en análisis. Por el contrario, ambas resoluciones destacan que, en virtud del principio de autonomía personal, las mujeres facilitaron su cuerpo, teniendo cabal conocimiento del "rol" que les correspondía cumplir. Este consentimiento, libre e informado, se erige como una forma más de ejercer el derecho de autodeterminación y toma de decisiones relativa a la salud reproductiva (50). Es más, el fallo de Bariloche, para garantizar que la gestante sea debidamente informada, determina expresamente los alcances de dicho consentimiento, estableciendo la necesidad de que se consignen los factores de riesgo para su salud.

En definitiva, para que no exista cosificación es fundamental la expresión fiel de la voluntad de gestar un hijo o

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

hija para otro. Las razones forman parte, ya, de la esfera íntima, en la cual el derecho no puede ni debe entrar.

Otra de las sombras a las que ha dado lugar la práctica de la gestación por sustitución es la posibilidad de que se suscite una situación de explotación (51) o comercialización de mujeres provenientes de sectores sociales desfavorecidos. Es decir, el temor finca en que se las utilice en forma abusiva y/o que ellas mismas hagan de esta práctica una actividad lucrativa (52).

Desde esta perspectiva, y suponiendo que el pago la determinara, en los casos comentados tampoco ha existido explotación. Ambas resoluciones despejan las dudas sobre ello al afirmar, primero, que no ha mediado retribución y, segundo, que el fin fue ayudar a familiares muy cercanos a tener un hijo o hija.

Sin perjuicio de la finalidad filantrópica presente en los supuestos particulares, es necesario puntualizar que la gestación por sustitución comercial no es sinónimo de explotación. Se trata de conceptos distintos e independientes. Así lo defienden, también, autores como Gil Domínguez (53), Lamm (54) o Bullard (55).

En oportunidad de comentar la sentencia dictada por el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil n. 102 (56), los dos primeros autores cuestionan la afirmación de que los contratos onerosos son inmorales, por suponer una explotación y cosificación de la gestante, razón por la que deben prohibirse (57). Gil Domínguez presenta tres argumentos favorables a la onerosidad. En primer lugar, estima 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. En segundo término, destaca que el rol respecto de su cuerpo (gestar "otro para otros") es el mismo, sea altruista u onerosamente. Por último, remarca que "...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"(58). En sentido similar, 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"(59).

En sentido totalmente opuesto al de su par se pronunció un juez mendocino, defendiendo la remuneración del servicio de gestación, al que considera objeto del convenio (no al propio cuerpo) (60). Para este magistrado, un contrato que tiene por objeto la gestación de un ser humano en el que una de las partes ofrece su capacidad gestacional a cambio de una contraprestación económica "...no contraría normas de la moral... ni es una actividad prohibida por la ley", rechazando que corresponda disponer su nulidad (61).

Como rúbrica a estas afirmaciones, es dable destacar 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.

Todos los involucrados reciben una compensación menos la gestante, siendo "...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". Ello no se aviene a la realidad social. En un mundo capitalista, como en el que vivimos, no existe el costo cero. El acceso a las prácticas médicas de reproducción asistida, e incluso la adopción, además del costo emocional, conlleva —en mayor o menor medida— un costo

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

pecuniario (62).

También Bullard 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"(63).

La explotación no se impide con la gratuidad, la explotación se impide con mecanismos que aseguren que "...la decisión de las personas adultas ha sido libre, rodeada de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad"(64). En esta línea, Gil Domínguez resalta que "...el punto crucial es garantizar un consentimiento que no esté sojuzgado por la vulnerabilidad o la desigualdad de género y que en apariencia aparece como libre"(65). Coincidimos con él en ello y en que "...una vez saldada dicha cuestión, la mujer puede, con su capacidad gestacional y con su cuerpo, desarrollar el plan de vida que desee"(66) y que debe aceptarse su decisión, "...aunque no estemos 'moralmente' de acuerdo", como que "(l)a calificación de inmoral de un contrato oneroso de gestación por sustitución en términos de invalidez jurídica implica el pleno desconocimiento de la diversidad y el pluralismo que el Estado constitucional y convencional de derecho intenta garantizar"(67).

Para concluir este acápite, "la inmoralidad es la explotación y cosificación de la gestante, hecho que nada tiene que ver con la onerosidad. Conforme con ello, 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"(68).

3. Derecho a la identidad

Un argumento compartido por ambos decisorios judiciales como fundamental para acoger las pretensiones formuladas ha sido el derecho a la identidad de las personas por nacer (69).

La amplitud de la expresión y su noción se extiende al derecho que la consagra. Ello denota una multiplicidad de particularidades que la componen, que los autores han clasificado de diversos modos, (70) como muestra de que hablar de identidad es hablar de la complejidad del ser.

En esta ocasión, nos centraremos en sólo tres aspectos de la identidad y, a la vez, tres derechos que, aunque autónomos, integran el más amplio y comprensivo derecho a la identidad y cuya inobservancia implicaría también una vulneración de este último. Analizaremos, a continuación, los que consideramos se encuentran involucrados en estos casos: el derecho a la identificación, el derecho a la filiación y el derecho a conocer los orígenes biológicos.

a) El derecho a la identificación

La identificación ha sido caracterizada como "el primer derecho" de todo ser humano. Sin ella un individuo oficialmente no existe, es invisible y no tiene protección de los Estados (71). En cuanto pasaje de la persona a la ciudadanía (pues le abre la puerta al acceso al resto de derechos y privilegios), es un instrumento y un medio efectivo de protección de la identidad personal (72).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Desde esta perspectiva se explica que el art. 7 de la CDN establezca que las personas deben ser inscriptas inmediatamente tras su nacimiento, como paso esencial para la implementación de la CDN (73), así como el acento que diversos organismos internacionales han puesto en ello. En este sentido, caben mencionar los pronunciamientos de la Corte IDH sobre este hecho (74) y cómo el transcurso del tiempo puede afectar el interés superior del niño o niña (75), las diversas observaciones generales elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño (76) o la intensa labor que ha venido desarrollando la OEA respecto del derecho a la identificación de las personas (77).

Volcando nuevamente la atención a nuestros casos, ambas sentencias reconocen la importancia que la pronta inscripción del niño o niña reviste; la de Lomas de Zamora al ordenar que ésta se realice de inmediato, dejándose sentada la filiación de la niña como hija de los padres intencionales, y la de Bariloche al disponer que cuando ocurra el parto se informe con premura, a los fines de la inscripción del o de los nacimientos.

b) La determinación de la filiación conforme a la voluntad procreacional

La trascendencia que tiene —y debería siempre tener— la voluntad procreacional hace imprescindible que tras el nacimiento del niño o niña por TRHA se proceda de inmediato a dejar constancia de su filiación conforme a aquel criterio. Es ésta una condición sine qua non para que el niño o niña pueda hacer efectivo su derecho a la vida familiar, ya que resultaría inconcebible que no se garantizara, a través del estado filial, las relaciones que al nacer entablará con sus padres, hermanos, tíos, primos, abuelos, etcétera.

Para ello es prioritario despojarse de toda lógica "asimilacionista"(78) y así emplazamos a la jurisprudencia que continúa recurriendo a ella para resolver o bien para reforzar las decisiones en los casos de reproducción humana asistida. De este modo, los mismos jueces que consideran el vínculo genético como inoperante (junto al gestacional) acaban —consciente o inconscientemente— atribuyéndole un valor de peso.

Sin ir más lejos, así lo hace la sentenciante de Bariloche cuando, pese a afirmar que debe "ponerse el foco en la 'paternidad voluntaria', más allá de la verdad genética y la biológica", acaba concluyendo que necesariamente debe relacionarse el dato genético con la identidad y que en este caso, "la verdad genética, la verdad biológica y el elemento volitivo serán coincidentes". Por el contrario, la jueza de Lomas de Zamora, aunque menciona la simultánea concurrencia del aspecto genético en las personas que expresan su voluntad procreacional, lo hace en cuanto hecho que concurre en el caso y no como un argumento a favor de la determinación de la filiación materna que sustente apartar a la gestante.

Al igual que las "soluciones" prohibicionistas, la ausencia de una norma expresa dificulta, si no trunca, que la inscripción del nacimiento y la determinación de la filiación se produzcan de inmediato, contrariando el interés superior del niño o niña. Hasta tanto este vacío no sea cubierto, sólo queda confiar en la presteza de los jueces para resolver y en su habilidad para, priorizando el derecho a la identidad, evitar rigorismos excesivos que los dejen en el limbo jurídico (79). Como afirma el agente fiscal de Lomas de Zamora, el impedimento gestacional de la madre biológica que recurre a estos tratamientos "...no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia"(80). Es desde esta perspectiva que la jueza considera que el art. 562 del CCiv.yCom. constituye una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales en los casos de gestación por sustitución (81).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Se percibe una tendencia judicial, tanto en Europa como fuera de ella, a facilitar el establecimiento de un vínculo filial entre el niño o niña y los padres intencionales (82). En ellos se detecta la influencia de los casos "Mennesson" y "Labasse", resueltos por el TEDH, en los que se consideró que la negativa de Francia a reconocer o permitir que se establezca la filiación de los niños y/o niñas nacidos de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales violó el derecho de aquéllos a que se respete su vida privada (art. 8 de la CEDH) (83).

Volviendo al derecho interno, es importante destacar la ruptura que el CCiv.yCom. ha provocado en el clásico paradigma de que el parto sigue al vientre (84), cuando de TRHA se trata, para centrar la atención y proyección jurídica en la voluntad procreacional. De este modo, el legislador viene a reforzar el carácter mixto del sistema de filiación que consagraba el CCiv. reformado por la ley 23.264 (85) (realista en la filiación por naturaleza y voluntarista o formalista en la adopción), al extender el protagonismo de la voluntad parental con la incorporación de un tercer tipo filial que pone el acento en la intención de procrear. De este modo, pese a que suele afirmarse que en la reproducción humana asistida se pone en entredicho el principio de que mater semper certa est, ello no resulta acertado. El abandono del axioma del "partus sequitum ventrum" no implica que la maternidad no sea cierta, sino que se desplaza la fuente de la certeza hacia la voluntad parental. De allí que Baron destaque la independencia que existe, en la gestación por sustitución, entre embarazo y maternidad, desde que el primero no conlleva necesariamente la capacidad de maternar (86).

c) El derecho de los hijos e hijas a conocer los orígenes biológicos

Finalmente, para cerrar el círculo del derecho a la identidad, las juezas dejan expresamente establecido el derecho de las personas nacidas de las gestaciones por sustitución a conocer sus orígenes biológicos, en este caso, todo lo relativo a su concepción, gestación y nacimiento (87).

En efecto, en el punto 7 del resuelvo, la jueza de Lomas de Zamora dispone "(i)mponer a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional". Por su parte, la magistrada de Bariloche, destaca: "...que el/los niños que nazca/n deberán conocer la verdad sobre su gestación y nacimiento ya que por sobre el derecho a la intimidad de los adultos involucrados prevalecerá su derecho a conocer la verdad sobre su origen (CDN, arts. 7 y 8)", pues "(p)ara todo ser humano resulta importante conocer la historia de cómo llegó a la vida...".

Si bien el reconocimiento de este derecho no parece generar ningún conflicto a las juezas intervinientes, no puede soslayarse que, tratándose de uno de los temas más álgidos del derecho de las familias, no esté exento de complejidades.

La primera de ellas deviene del hecho de que, no obstante la amplitud de la expresión "personas nacidas por técnicas de reproducción asistida" empleada en el título del art. 563 del CCiv.yCom., en su cuerpo el precepto limita inconsistentemente el denominado "derecho a la información" a favor de los concebidos con gametos de terceros (88). De este modo, al dejar fuera de su redacción la información sobre los orígenes gestacionales, da lugar a que los nacidos por convenios de subrogación puedan acceder a la identidad de quienes aportaron los gametos, pero no los embriones ni a las gestantes.

El segundo problema se plantea por las diversas interpretaciones a las que da lugar la expresión "razones debidamente fundadas" para acceder a la identidad del donante (art. 564, inc. b, del CCiv.yCom.). Ella deja la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

puerta abierta a que no se considere que el derecho a conocer los orígenes sea motivo suficiente para acceder a la identidad del donante o la gestante (89).

Ello desata el interrogante de si efectivamente en uno y otro caso el uso de la expresión donantes excluye a la de gestantes.

Consideramos que, enmarcados en la línea seguida hasta aquí, del derecho constitucional y convencional de las familias, corresponde extender el derecho a conocer los orígenes biológicos a favor de todas las personas, independientemente de su filiación (adopción (90)) y de las circunstancias de su nacimiento (donación de gametos, embriones y gestaciones por sustitución). Una lectura diferente daría lugar a una discriminación en el reconocimiento y ejercicio del derecho a la identidad que no sólo violentaría el principio de igualdad sino también el de dignidad, dejando expedita la vía para la reclamación de daños y perjuicios que establece el art. 52 del CCiv.yCom. (91). De acuerdo con ello y "...desde que los fundamentos del anteproyecto consideran que el derecho a conocer los orígenes deriva '...de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina' no cabe otra interpretación sin riesgo de vulnerar el derecho fundamental consagrado por la CDN"(92).

Como aclara Kemelmajer de Carlucci, el derecho a conocer los orígenes en la reproducción humana asistida no se limita a la obtención de información médica del donante sino que se trata de un verdadero derecho a la información que incluye la identidad de aquél (93).

De ello se colige que no es posible sino interpretar que los orígenes biológicos configuran una "razón (más que) debidamente fundada" para que los nacidos puedan acceder a todos los datos relativos a su génesis, valiéndose de la vía judicial habilitada por el art. 564, inc. b, del CCiv.yCom. (94).

Por su parte, las magistradas no aportan mayor claridad al tema, pues, al establecer la obligación de los padres y madres de hacer saber a sus hijos e hijas sus orígenes, ellas también recurren a fórmulas vagas que pueden arrojar dudas acerca de si dicho mandato incluye la identidad de las gestantes. Aun cuando las circunstancias que rodean los casos muestran la apertura de las familias involucradas y dejan entrever que no es necesaria imposición alguna para la honestidad, planteamos esta disquisición en términos generales por el interés que envuelve.

En síntesis, se impone una interpretación de la legislación interna que integre adecuadamente estas lagunas y supere los obstáculos que presenta una lectura literal de las normas, para brindar así un reconocimiento pleno al derecho a la identidad.

4. La participación de los niños y niñas en el proceso (95)

Como venimos sosteniendo, en los casos abordados se conjuga un sinnúmero de derechos humanos fundamentales de los cuales son titulares todos los actores sociales involucrados en el proceso de gestación por sustitución: los padres intencionales, las personas gestadas, las gestantes y sus respectivos grupos familiares.

Si bien las pretensiones de fondo esgrimidas han tenido en miras el reconocimiento del derecho a la filiación de

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

los niños o niñas por nacer —conforme al estándar de la voluntad procreacional—, no podemos soslayar que también se ha velado por la efectivización de los derechos de otros niños y niñas, los hijos e hijas de las gestantes.

En tal sentido, especial atención se atribuye a su derecho a la veracidad del estado familiar —en tanto atributo de la personalidad— con relación a las personas gestadas por sus madres y, eventualmente, al resguardo del derecho a la vida familiar y privada con ellas. Asimismo, a la par de estas prerrogativas, se destaca el ejercicio del derecho a participar (96) activamente en la instancia judicial.

Conforme Oyarzún (97), el concepto de participación "implica la acción de ser parte de algo, de intervenir o compartir un proceso. Denota decisión y/o acción". En la especie, podemos sostener que los hijos e hijas de las gestantes han sido verdaderos partícipes, en tanto no sólo fueron escuchados por los operadores del derecho y expresaron su opinión sino que, además, ella fue valorada por las magistradas. No obstante, debe destacarse que ello fue posible en la medida de que los niños, niñas y/o adolescentes contaban con cabal conocimiento del proceso de fertilización, de la situación familiar, de la causa judicial y los vínculos con el bebé por nacer (98).

Es decir, aquéllos contaron con la información pertinente, presupuesto necesario para opinar y tomar decisiones. Posiblemente, ella les fuera proporcionada por sus familias, ámbitos primarios de socialización, donde se generó un espacio de interacción que les posibilitó ejercer su derecho a la participación (99). Su protagonismo trascendió también a la esfera judicial, a un litigio en el que, siendo parte sus padres, los afectaba particularmente (100). De este modo, en uno y otro ámbito, los niños y niñas son posicionados y se posicionan como intérpretes (101) de su propia realidad familiar, no meros sujetos interpretados por los adultos. Tal es así que en el fallo de Lomas de Zamora se resalta especialmente el pensamiento de los niños y niñas y la significación que dan al vínculo que denominan de "primana"(102) con la niña por nacer. Con este neologismo, los niños y niñas describen el lugar simbólico que le otorgan subjetivamente (103) y el sentimiento de "amor" que ya le tienen (104).

En síntesis, sin perjuicio de la mayor extensión de la descripción de la situación familiar realizada en la causa ut supra referida, cabe colegir que, en ambos pronunciamientos, hay una real intervención de los hijos e hijas de las gestantes en todo lo que conlleva el proceso médico y judicial de gestación por sustitución. Desde esta perspectiva, quedó en evidencia la aptitud para expresar las decisiones que los afectan en su propia vida y que ellas sean reconocidas por el entorno social (105) y judicial, como en los asuntos de marras.

V. Conclusión

Se dice que "los hombres desaprueban, por lo común, lo que son incapaces de ejecutar"(106). Es absolutamente respetable que una mujer no quiera o no se sienta capaz de llevar adelante un embarazo por otros o que una persona considere que ello va contra sus principios. No obstante, ello no es argumento suficiente para juzgar y mucho menos para negar jurídicamente a otras que lo hagan.

Las respuestas del derecho a los hechos que reclaman su atención deben tomar distancia de su moralidad o amoralidad, repensando la triada concepción-embarazo-maternidad como paradigma de la filiación. En esta dirección es necesario aceptar "embarazo sin maternidad" y "maternidad o paternidad sin gestación ni/o concepción ni/o contribución (genética)". En estos casos, no ha sido ni la carne ni la sangre la que ha convertido en padres a quienes lo son, ha sido el corazón (107).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

"Amar es hacer bien a los demás", decía Aristóteles (108), y ¿qué mejor ejemplo de ello que la gestación que para su hermana y su cuñada llevaron adelante las mujeres envueltas en los casos analizados? En efecto, la concreción del deseo de tener un hijo o hija a través de la gestación por sustitución ha envuelto el compromiso mutuo de hacerse el bien a través de un verdadero acto de amor: el amor de la gestante manifestado en la decisión de hacer realidad el deseo de otros y el amor de los padres por sus hijos o hijas.

No obstante, el amor no alcanza. Como afirma Freeman, no es posible confiar al amor todas las respuestas; menos aún en las situaciones familiares en las que, entre los involucrados, hay niños o niñas. Ello sería posible en un mundo ideal, pero como lamentablemente "el amor no tiene un código de conducta"(109), siendo los niños y niñas particularmente vulnerables, necesitan los derechos para proteger su integridad y dignidad (110). Por esta razón dicho autor sostiene que el amor y el derecho no siempre hablan el mismo idioma (111). No siempre los padres, familiares, amistades de los niños y niñas respetan sus derechos, ni siempre los legisladores o los jueces atienden al amor. En esta ocasión, las magistradas intervinientes nos muestran que a veces ello es factible. Reconocer efectos jurídicos a la intención de ser padres y madres en los casos de gestación por sustitución hace que el derecho hable el lenguaje del amor.

(*) Doctora en Derecho (Universitat de Barcelona). Abogada especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Miembro de AFIN. Docente invitada en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. En lo que a mí respecta, 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.

(**) Abogada. Docente de Derecho Civil V (Derecho de Familia) de la Facultad de Derecho y de Introducción al Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística, Universidad Nacional de Rosario. Miembro investigador del Programa de Incentivos Docentes, Universidad Nacional de Rosario.

(1) Antoine de Saint-Exupéry, escritor y aviador francés, 1900/1944.

(2) Reservamos la expresión "padre, madre o padres" para aquellos que legalmente son envestidos como tal y que, por tanto, van a desempeñar (en principio) la función que la ley les atribuye. Ellos son, por tanto, los progenitores en los supuestos de filiación por naturaleza y las personas que han expresado su intención de serlo recurriendo a una TRHA, cualquiera que ella sea. Aunque ya resulta de esta afirmación, aclaramos que en este último caso, en la determinación de la filiación de la persona ningún protagonismo tiene —y, por tanto, sobran las aclaraciones al respecto— la existencia o no de vínculo genético o gestacional.

(3) WARNOCK, M., Making babies. Is there a right to have children?, Oxford University Press, 2002, p. 16.

(4) Pese a los intentos que hicieron nuestros legisladores, no ha recibido finalmente acogida en el CCiv.yCom. la gestación por sustitución.

(5) Entre otros, Juzg. Nac. Civ. n. 86, "N.N. s/inscripción de nacimiento", 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552; Juzg. Familia Gualeguay, "B. M. A. v. F. C. C. R. s/ordinario", 19/11/2013, AP AR/JUR/89976/2013; Trib. Col. Familia n. 7 Rosario, 2/12/2014; Juzg. Nac. Civ. n. 102, "C., F. A. y otro v. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad", 18/5/2015, AR/JUR/12711/2015; Juzg. Nac. Civ. n. 83, "N. N. O. s/inscripción de nacimiento", 25/6/2015, AP AR/JUR/24326/2015; Juzg. Familia Mendoza, "A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva", 29/7/2015, AR/JUR/28597/2015; "C. M. E. y J. R. M. s/inscripción de nacimiento", 15/12/2015, MJ-JU-M-96193-AR | MJJ96193 | MJJ96193.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(6) Ambas mujeres sufren amenorrea primaria (ausencia de menstruación durante toda la vida) provocada por el Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser. No obstante ello, sus ovarios eran plenamente funcionales.

(7) La expresión "padres intencionales" se emplea para hacer referencia a las "personas que tienen la intención de convertirse en padres". Somos conscientes de que, en propiedad, no son padres, pues no es viable un emplazamiento filial de un niño o niña que aún no ha nacido. No obstante, y sin contrariar lo que aclarábamos supra, en la nota 2, nos permitimos utilizarla con esta salvedad para evitar frases excesivamente largas y que dificulten la lectura.

(8) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad", RDF 2015-V-133, AP AP/DOC/789/2015.

(9) Como establecen los Fundamentos, el Anteproyecto, siguiendo de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, dispone: "el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella". Y agrega, en referencia a la recepción del matrimonio de las personas del mismo sexo, que se introducen "...modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio".

(10) Respecto de la mujer sola, los Fundamentos afirman que, en virtud de los principios citados en la nota anterior, se prevé "...la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente".

(11) Caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación In Vitro') vs. Costa Rica", sentencia de 28/11/2012, Serie C, nro. 257.

(12) A efectos de acreditar el debido cumplimiento de lo dispuesto, la jueza de Lomas de Zamora fija, a dos meses vista, una entrevista interdisciplinaria de seguimiento juntamente con la trabajadora social.

(13) El juzgado de Bariloche ordena el seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto.

(14) Considerando VIII.

(15) Considerando VII.

(16) Es en fecha 10 de marzo de 2012 que, cumpliendo con el encargo que se le formula, la Oficina Permanente presenta "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements", Prel. Doc. nro. 10. No obstante, previamente, ella elabora y presenta el documento preliminar "Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements", Prel. Doc. nro. 11, March 2011. Todos los documentos de este organismo sobre el tema se encuentran disponibles (en línea) en el sitio web oficial de La Haya, en el siguiente enlace: www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2011-2015, última consulta: 30/5/2015.

(17) Cfr. "Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on parentage/surrogacy", Prel. Doc. nro. 3, y "The parentage/surrogacy project: an updating note", Prel. Doc. nro. 3-A, February 2015.

(18) Así, las incertidumbres identitarias respecto de la filiación, los orígenes, la nacionalidad, etc.; el abandono o trata de niños; los problemas inmigratorios; etc.

(19) Se refiere, por ejemplo, a la ausencia de vínculo genético en los padres intencionales o cuando las normas legales aplicables no impiden absolutamente la determinación de la filiación o si cualquier modo de establecer un vínculo es respetuoso del art. 8. Estas incertidumbres son las que surgen por oposición a las circunstancias que rodearon los casos "Mennesson v. France" (5th Section, Judgment of 26 September 2014, Application nro.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

65192/11) y "Labassee v. France" (5é Section, Arrêt 26 Septembre 2014, Requête nro. 65941/11), resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que, como muestra la jurisprudencia comparada, los países europeos parecen estar siguiendo al momento de resolver los casos que se les presentan.

(20) Así lo demuestra, por ejemplo, el caso de Tailandia, que, pese a cerrar las fronteras a la gestación por sustitución, no ha impedido que las empresas que allí operaran se instalaran en otros países vecinos, como Nepal; o el hecho de que en ocasiones los acuerdos que regulan estas prácticas sean multinacionales e involucren a más de dos países (como cuando los padres de una nacionalidad vivieran en otro país o los donantes sean de un país y la gestante de otro), etc.

(21) Como la dificultad del control de la legalidad, oportunidad, etc., de estos acuerdos; el hecho de que dicho control llegue, en ocasiones, demasiado tarde (porque ya existe un niño o niña); la garantía de resguardo de otros derechos humanos (fundamentalmente de niños y niñas, como el derecho a conocer sus orígenes, su abandono y/o trata, etc.; aunque también de las gestantes, como circunstancias que hacen temer que el consentimiento sea efectivamente informado, pleno y libre, por no hablar el idioma); problemas con los intermediarios; etc.

(22) Nos referimos al que por entonces era el art. 562. En la actualidad se encuentra en trámite parlamentario el análisis del Proyecto de Ley sobre Gestación por Sustitución (S-2574/15) de autoría de L. Montero. Puede consultarse su texto y estado parlamentario en el sitio web del Senado de la Nación Argentina; enlace directo: www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2574.15/S/PL, última consulta: 30/5/2015.

(23) Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada el 5/6/2013 y promulgada de hecho el 25/6/2013.

(24) Decreto reglamentario 956/2013 de la ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, de 19/7/2013 y publicado en el BO el 23/7/2013.

(25) Por la necesidad de una ley especial de gestación por sustitución que haga hincapié en la protección de todas las personas intervinientes se pronunció por unanimidad la Comisión nro. 6 (Familia: "Identidad y filiación") de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015). Entre los defensores de la necesidad de regulación, cabe mencionar Famá, M. V.; Herrera, M.; Krasnow, A.; Kemelmajer de Carlucci, A.; Lamm, E.; Lloveras, N.; Medina, G. o Salomón, M.

(26) Se aleja así de aquellos que vedan directamente esta práctica o consideran que los contratos al respecto son nulos o ambas cosas (prohibicionistas) y de las legislaciones que se han mostrado favorables a la regulación con diferente extensión (amplia o restrictiva), forma de aprobación (pre o post parto) o modalidad (altruista o comercial). Véase, DE LORENZI, M., "El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos", en Fernández, S. (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 8, título segundo, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 1085/1086.

(27) Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es "alegal" aquello "no regulado ni prohibido".

(28) Así lo sostiene Jarrín Morán, quien, con una visión similar a la que sostenemos, aclara que "al encontrarse excluida de todo derecho, la persona en el 'limbo jurídico' se convierte en una suerte de no ciudadano, restringiéndose sus posibilidades de alcanzar una estabilidad política, económica y social". JARRÍN MORÁN, A., "La persona en el 'limbo jurídico': ni expulsables ni regularizables en España", ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo. Crisis Global y Estrategias Migratorias: hacia la redefinición de las políticas de movilidad, Quito, FLACSO Sede Ecuador, 18 a 20 de mayo de 2001; disponible (en línea) en el sitio web de FLACSO-Ecuador, enlace directo: www.flacsoandes.edu.ec/agora/la-persona-en-el-limbo-juridico-ni-expulsables-ni-regularizables-en-espana; última consulta: 30/5/2015.

(29) Así las define el art. 2 de la ley 26862 y art. 2, también, de su decreto reglamentario.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(30) "... incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos".

(31) "Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante".

(32) Esta afirmación es rubricada por la jueza de Lomas de Zamora en el considerando I.

(33) Cfr. NASH, C. (ed.), "Control de convencionalidad", Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nro. 7, 2015, ps. 6/12, y SAGGESE, R., El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

(34) Véase, al respecto, Lloveras, N. y Salomón, M., El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 83/85.

(35) Los destacados, supresiones y agregados nos pertenecen.

(36) "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida...". Es más, en referencia a la gestación por sustitución hacían hincapié en el "consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación".

(37) Continuando con la cita de los Fundamentos, "...el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas".

(38) Pese al interés que en este tema, con especial particularidad, presenta el orden público familiar internacional, sus complejidades exigen un estudio que excedería con creces el espacio que aquí tenemos, razón por la que nos vemos compelidas a aparcarlo para otra ocasión. Sobre ello puede consultarse: DREYZIN DE KLOR, A., "El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia", en LLOVERAS, N. y HERRERA, M. (dirs.), El derecho de familia en Latinoamérica nro. 2, vol. 1, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, ps. 415/428, o, de la misma autora, "Doble filiación paterna de menores: Las soluciones desde el derecho internacional de familia", DFyP 2009 (noviembre), 1/11/2009, p. 3.

(39) Esto es lo que ocurrió en los casos de "Mennesson" y de "Labasse" en los que el Estado francés deja a los niños y niñas nacidos de gestaciones por sustitución practicadas en EE.UU. en un verdadero limbo jurídico. Pese a haber vivido siempre en Francia y tener allí una vida (y, en concreto, una vida familiar de facto al ser criados por los padres intencionales), su situación era de una absoluta "clandestinidad legal", sin estado civil, sin relación filial y sin nacionalidad.

(40) Tribunal Supremo Español (sala de lo Civil en Pleno), sentencia nro. 835/2013, de 6/2/2014, ref. CENDOJ: Roj: STS 247/2014.

(41) TEDH, "Paradiso and Campanelli v. Italy" (2nd Section, Judgment of 27 January 2015, Application nro. 25358/12, Referred to the Grand Chamber 1/6/2015).

(42) DE LORENZI, M., "El derecho de familia entre lo público y lo privado", en KRASNOW, A. (dir.), Tratado de derecho de familia, capítulo 2, tercera parte, t. I, Thomson- Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176.

(43) Recomendamos, por la claridad y rigor científico el desarrollo que dan al tema del orden público familiar, LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., El derecho..., cit., ps. 73/101.

(44) LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., El derecho..., cit., p. 76.

(45) DALLA VIA, A., "Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal", JA 1998-III-1093.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(46) DALLA VIA, A., "Relevancia...", cit.

(47) Fundamentos del Anteproyecto. Véase, título 1: "Matrimonio", párrafo tercero.

(48) Estas ideas han sido desarrolladas previamente en DE LORENZI, M., "El derecho de familia...", cit., ps. 174/177.

(49) Entendemos que el término adecuado no es el de madre sino el de gestante, en cuanto indica un rol determinado en el proceso reproductivo, cual es el de llevar en su vientre el embrión hasta el momento del nacimiento; y madre es la legal.

(50) Considerando VI.

(51) En contra de la explotación: COLEMAN, P., "Surrogate motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions", Tennessee Law Review, vol. 50, nro. 1, 1982, ps. 107/117.

(52) En aras de eliminar tales resquemores, el Proyecto de CCiv.yCom. exigía una serie de pautas de procedencia de la gestación por sustitución preventivas, como que no exista retribución ni se haya sometido a este proceso más de dos veces.

(53) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(54) LAMM, E., "Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad", RDF 2015-V-137, AP AP/DOC/786/2015.

(55) BULLARD GONZÁLEZ, A., "El derecho de nacer. Sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada", RDF 2009-42-21, AP AP/DOC/1662/2012.

(56) Juzg. Nac. Civ n. 102, "C., F. A. y otro v. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad", 18/5/2015, AR/JUR/12711/2015.

(57) Véase el considerando II del fallo. En el mismo sentido se pronuncia Famá, quien entiende que lo defendido por un sector de la doctrina de que los contratos de gestación por sustitución son nulos por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres, "...se aplica indudablemente a los contratos onerosos que se firmen a tales fines, los que sin lugar a dudas deben prohibirse". (FAMÁ, M. V., "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LA LEY del 21/6/2011, p. 1; LA LEY, 2011-C-1204.

(58) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(59) LAMM, E., "Una vez más...", cit.

(60) Sostiene: "entiendo que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (nueve meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano".

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

(62) Sabidos son los altos costos que se manejan a nivel internacional a efectos de lograr una adopción en el extranjero.

(63) BULLARD GONZÁLEZ, A., "El derecho de nacer...", cit.

(64) BULLARD GONZÁLEZ, A., "El derecho de nacer...", cit.

(65) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(66) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(67) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(68) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Gestación por sustitución...", cit.

(69) Así, la jueza de Lomas de Zamora, remitiendo a los Fundamentos del Anteproyecto, menciona que la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

regulación filial que trae el CCiv.yCom. recibe el impacto e incorpora principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que figuran: "el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061)..." y "...la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo..." (considerando V).

(70) Entre nuestros autores, Zannoni destacaba tres acepciones de la identidad personal: la realidad biológica (inclusiva de la identidad genética y la filiatoria), los caracteres físicos y la realidad existencial. (ZANNONI, E., "Identidad personal y pruebas biológicas", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 13 ("Prueba I"), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, ps. 159/161. El jurista peruano Fernández Sessarego, a quien nuestra doctrina acostumbra a seguir, percibe dos dimensiones de la identidad: una estática y otra dinámica. (Fernández Sessarego, C., Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 114). Por su parte, Théry remarca la necesidad de atender a dos aspectos que la componen: el formal de la identificación (medios legales que impidan la confusión entre dos individuos) y el más informal de la identidad narrativa (el discurso sobre la personalidad). (Théry, I., "El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento", Revista de Antropología Social, 2009, vol. 18, ps. 38/40).

(71) Así se ha destacado desde UNICEF con la afirmación de que los niños sin identificar "...desde el punto de vista puramente legal, ni siquiera existen". (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, U., "Birth Registration: The 'first' right", en UNIC.EF, The Progress of Nations, UNICEF, EE.UU., 1998, ps. 5/8.

(72) HUAWEN, L., "The Child's Right to Birth Registration. International and Chinese Perspectives", en LÖDRUP, P. y MODVAR, E. (ed.), 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. En su estudio de los derechos a la identidad y a la identificación, Krasnow realiza un recorrido de 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. Consúltese KRASNOW, A., "Derecho a la identidad y a la identificación", en FERNÁNDEZ, S. (Dir.), Tratado de derechos..., cit., ps. 489/532.

(73) Dow, U., "Birth Registration...", cit., p. 5; HUAWEN, L., The Child's Right...", cit., p. 455.

(74) 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).

(75) En este sentido, el caso "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, A., "Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en FERNÁNDEZ, S. (dir.), Tratado de derechos..., cit., ps. 128/130.

(76) En este sentido, es posible citar diversas observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en las que hace referencia al registro del niño o niña al nacer; como 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; 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.

(77) 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

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

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,parág. 33.

(78) THÉRY, I., "El anonimato...", cit., p. 37.

(79) Véase, por ejemplo, lo comentado por Lamm respecto a las sentencias en las que los jueces se declaran incompetentes ("Una vez más...", cit.).

(80) Considerando VII.

(81) Considerando VIII.

(82) Ejemplos acaecidos hasta el 2014 son Alemania, Suiza, España, Irlanda, Inglaterra, Australia, Brasil o Canadá; todos ellos citados en el Anexo del §§ 1, 2, 3, 5 y 6 del Documento Preliminar 3-A de la Oficina Permanente de La Haya ("The parentage/surrogacy project: an updating note", February 2015); disponible (en línea) en el sitio web oficial de La Haya, enlace directo: www.assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf, última consulta: 30/5/2015.

(83) Por ejemplo, en estos casos el TEDH sostuvo que el derecho a la vida privada, que exige que todas las personas puedan establecer detalles de su identidad, incluye el vínculo legal entre padres e hijos e hijas; que el amplio margen de apreciación que tienen los Estados debe ser reducido cuando un aspecto tan esencial de la identidad del individuo se encuentra en juego como es la relación paterno/materno-filial; que para lograr un equilibrio justo y razonable cuando la situación de un niño o niña se encuentra en juego debe prevalecer su interés superior; o que la indeterminación legal del vínculo paterno/materno-filial no sólo afecta a los padres sino también a los hijos e hijas y, por tanto, el respeto de su interés superior debe guiar cualquier decisión que lo involucre.

(84) Siguiendo la máxima del derecho romano, "partus sequitum ventrem".

(85) También lo es el sistema vigente en el derecho español y catalán. Al respecto, puede consultarse, DE LORENZI, M., "El matrimonio y la filiación", en IGLESIAS, M.; KRASNOW, A. y DE LORENZI, M., Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio, capítulo 11: "'Durante' el matrimonio (continuación)", La Ley, 2011, ps. 411/463. Véanse, asimismo, la STSJC 28/2007, de 27 de septiembre, fundamento de derecho 4, ref. CENDOJ: STSJ CAT 10208/2007, y RIVERO HERNÁNDEZ, F., Las acciones de filiación en el Código de familia catalán, Atelier, Barcelona, 2001, ps. 47/52.

(86) BARON, L., "Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido", RDF 2014-III-35, AP AP/DOC/48/2014.

(87) Empleamos esta expresión porque, 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, R. y NEWELL, P., Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, 1998, p. 104). Por esta razón, dejamos aquí sentado que cuando hablamos de "vínculo biológico" lo hacemos en un sentido amplio, comprensivo tanto del vínculo genético como del gestacional, pues consideramos que 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.

(88) Art. 563 del CCiv.yCom.: "La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento".

(89) Así precisamente lo defiende Sojo, quien llega a esta deducción del énfasis que se da al término "debidamente", que le conduce a pensar "...que sólo comprende razones de trascendencia o diferenciadas de la común temática de identificación o anonimato" y de la necesidad de evaluación judicial de las razones. (SOJO, L., "El anonimato de los donantes de gametos y embriones en el Proyecto", RDPyF, t. 2012, AR/DOC/2162/2012).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(90) Cfr. arts. 595.e y 596 del CCiv.yCom.

(91) Así lo observa la jueza de Lomas de Zamora, afirmando que "...la disposición cobra singular relevancia en el caso, atento que regula una especie de acción preventiva y de reparación de daños ante toda lesión a la persona humana en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal".

(92) DE LORENZI, M., "El derecho de los niños...", cit., p. 1109.

(93) A favor de este derecho se ha pronunciado en un sentido ampliamente mayoritario nuestra doctrina, avalada por la doctrina extranjera. Por todos, véanse, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Síntesis debate sobre procreación asistida. Tercer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur", RDF 43-499, y "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 26-77, AP 0029/000211; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY, 2010-E, 977, y "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY del 11/7/2013, p. 3; DE LORENZI, M., "¿De dónde vengo? La emblemática pregunta por los orígenes formulada por los hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida", en VILLAGRASA, C. y RAVETLLAT, I. (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 (e-book), ps. 797/838; FAMÁ, M. V., "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Lecciones y Ensayos, nro. 90, Facultad de Derecho, UBA, 2012, ps. 171/195; GIROUX, M. y DE LORENZI, M., "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; KRASNOW, A., "El nuevo régimen de matrimonio civil en el derecho argentino. Su impacto en el instituto de la filiación", Sala Segunda — Corte Suprema de Justicia, Sección I, ps. 89 y 91; "Filiación, homoparentalidad y determinación" (capítulo 5), en IGLESIAS, M.; KRASNOW, A. y DE LORENZI, M., Matrimonio civil..., cit., ps. 199 y 224; RUBAJA, N., "Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero", RDF 2012-V-140/141.

(94) DE LORENZI, M., "El derecho de los niños...", cit., p. 1109. En defensa de este derecho se expidió por unanimidad la Comisión nro. 6 (Familia: "Identidad y filiación") de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015).

(95) Con relación a la escucha y participación del niño en el proceso puede consultarse KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M., "La participación del niño y adolescente en el proceso judicial", DJ, nro. 18, 4 de mayo de 2016, ps. 10/20; PETTIGIANI, E., "¿Por qué escuchar al niño o adolescente y como escucharlo?, RDF 62-7/36; MIZRAHI, M., La audición del niño y su participación en el proceso, capítulo II, "Responsabilidad parental", Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 55/129.

(96) Utilizaremos la expresión participación de manera acorde a la interpretación formulada por el Comité de los Derechos del Niño (observación general 12: "El derecho del niño a ser escuchado", 51 período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, § 13) que establece que la escucha del niño implica la participación en el juicio.

(97) OYARZÚN, R., Salud pública - Sus modelos conceptuales y la intervención social en salud, Instituto de Salud Pública, Facultad de Medicina, Universidad Austral de Chile, Chile, 2002, ps. 12/17.

(98) En los vistos se señala que los niños preguntaron sin temores, de modo tal que saben que su mama gesta a su prima.

(99) CAPPELLA, L., "Ver, pensar, sentir... ¿decir y decidir?'. Reflexiones en torno a la participación del niño, niña, adolescente en los efectos del proceso de divorcio de sus padres", RDF 62-40.

(100) Sobre la participación de los niños y niñas en el proceso de divorcio, véase, CAPPELLA, L., "Ver, pensar,

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

sentir..., cit., ps. 37/52.

(101) Acerca de cómo se interpreta a los hijos e hijas puede consultarse: SOLER, C., Lo que Lacan dijo de las mujeres, Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 153.

(102) En el contexto fáctico, adquiere relevancia que en atención a quienes son las gestantes existirá un vínculo de parentesco por consanguinidad, en línea colateral en cuarto grado (primos) entre los hijos nacidos de aquéllas y el niño/niña gestado para sus familiares.

(103) Considerando VII.

(104) En los vistos se reseña con relación a los hijos y/o hijas de la gestante que "...acompañan la decisión de sus progenitores y tíos con entusiasmo, curiosidad y amor".

(105) HART, R., "La participación de los niños: de una participación simbólica a una participación auténtica", Ensayos Innocenti, nro. 4, UNICEF, 1993.

(106) Reina Cristina de Suecia (1626/1689).

(107) Parafraseamos, aquí, el pensamiento de Friedrich von Schiller, poeta, dramaturgo, filósofo e historiador alemán, 1759/1805.

(108) Aristóteles (384 a.C. /322 a.C.), filósofo griego.

(109) ARCHARD, D., Children: Rights and Childhood, 2ª ed., Routledge, Londres-Nueva York, 2004, p. 120.

(110) FREEMAN, M., "Taking children's rights more seriously", International Journal of Law and the Family, vol. 6, nro. 1, 1992, p. 55.

(111) FREEMAN, M., The Rights and Wrongs of Children, Frances Pinter (Publishers), Londres-Dover N. H., 1983, p. 250

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados