



Gestación por sustitución, la necesidad de una regulación

ENTREVISTA A MARISA HERRERA
POR ANTONELLA VITELLI (UNR) Y PILAR MARTÍNEZ (UNR)
4 DE ENERO DE 2022

La figura jurídica de gestación por sustitución se conoce como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este o estos últimos.

Las normas vigentes no han logrado reconocer y legislar las diversas formas de vivir en familia de las sociedades contemporáneas. En este sentido, la regulación del instituto de gestación por sustitución (GS) representa uno de los principales debates en el Derecho de las Familias y la bioética, que se hace evidente en la ausencia de una legislación. Este vacío legal no impidió que numerosos casos de gestación por sustitución hayan sido sometidos a decisiones de la justicia nacional, antes y después de la vigencia del Código

Civil y Comercial (CCyC), que si bien resulta innovador en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), aún no ha incorporado regulación alguna con respecto a dicho instituto.

Marisa Herrera participó en la redacción del Código Civil y Comercial y es autora – junto con Natalia de la Torre– del proyecto presentado en la Cámara de Diputados en el año 2020 por la diputada Gabriela Estévez, el cual busca incorporar al CCyC la gestación por sustitución como TRHA, en la misma línea que lo proponía el entonces Anteproyecto de reforma del CCyC, lo que hace sea una de las voces más autorizadas en el derecho argentino en relación a esta figura tan controvertida. Herrera es abogada especializada en temas de familia, infancia y adolescencia e investigadora independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). También es profesora de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV). Autora de una gran cantidad de obras, entre ellas el *Manual de Derecho de las Familias*.

Esta entrevista tuvo lugar el 19 de agosto del 2021 con el fin de abordar los principales debates en torno a la figura de la gestación por sustitución. Asimismo, en el transcurso de la misma se indaga sobre los motivos que impidieron que esta figura sea regulada en el CCyC y los casos en que la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la realización de la práctica, a la vez que abre la pregunta por la regulación del instituto de gestación por sustitución en el escenario actual.

Antonella Vitelli (AV): ¿Creés que las condiciones actuales para el tratamiento legislativo de la figura de la gestación por sustitución son diferentes a cuando se trató el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial?

Marisa Herrera (MH): Absolutamente. Con el Código tocamos lugares muy sensibles y ya veníamos en esa lógica desde el matrimonio igualitario, no obstante, la sociedad no lo aceptó con facilidad. Había una resistencia y es ahí donde cae el debate del Código. Yo recuerdo ir a dar clases a Salta u otros lugares y cuando tocaba el tema de GS la gente se paraba y se iba, era una temática muy difícil de poder abrir, al menos el debate.

No es que una se pregunta si está a favor o en contra, o si “lo haría o no lo haría”, sino que hay que ser conscientes de que existe una realidad cada vez más compleja, hay cada vez más casos de GS y se debe dar una respuesta. La ley es una respuesta estatal. El Estado tiene la obligación de darle respuesta a la gente y la ley es el lugar desde donde hacerlo. Siempre es mejor regular, proteger y controlar porque la falta de regulación termina siempre perjudicando a las personas más vulnerables. Reglas claras te permiten dar previsibilidad, seguridad jurídica.

Por ejemplo, hoy los tres casos que tenemos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre gestación por sustitución comprometen a dos hombres, por lo cual no es casualidad, hay una discriminación enorme. ¿Cómo evitar que ello suceda? Regulando y brindando pautas claras no discriminatorias, es decir, en clave de igualdad.

En uno de esos casos que se encuentran en la Corte, los niños carecen de filiación desde hace 5 años. Por suerte se trata de niños que tienen un buen pasar, por lo tanto, cuentan con cobertura médica, concurren a escuela privada que conocen la situación y acompañan y cuyos padres no se separaron, pero ¿en el caso de que se separen? Ello sería un perjuicio para todos, en especial para los niños porque los chicos no tendrían filiación con uno de los progenitores, con la consecuencia negativa que se deriva de ello. ¿Qué va a decir la CSJN después de 5 años?, ¿que vuelvan con la gestante? No. Entonces, ¿por qué no resuelve? Interrogante abierto. En ese caso, los niños tienen filiación con la gestante por aplicación del principio general “madre cierta es” y con uno de los miembros de la pareja, que es quien aportó el material genético, pero respecto del otro miembro de la pareja –que también cuida y convive con los chicos– no tiene filiación. Es sumamente difícil explicar que sos padre igual por gestación, porque si bien hay una voluntad procreacional conjunta por parte de ambos hombres de la pareja, jurídicamente hablando, uno es padre y el otro no. En otras palabras, se trata de un vínculo socialmente sólido y jurídicamente ausente o silenciado. O si se muere, puede hacer un testamento y dejarle la tutela, pero solo uno será principal o tendrá vínculo filial con los niños y el otro será absolutamente silenciado, por ende, no lo hereda. La CSJN se digna a tardar 5 años en sacar una sentencia. Hay una gran falta de humanidad y sentido común. Además, vos no podés ir a la Corte con un tema tan complejo como son todos aquellos que comprometen relaciones de familia y que se trate por la fecha en que entró. Considero que un tema

de adopción o filiación tiene que estar primero; porque las personas no pueden tener vedado su derecho a la identidad, no es todo lo mismo en clave de Derechos Humanos.

AV: Vimos que se utilizan distintos términos para referirse a la gestación por sustitución, ¿qué terminología te parece más adecuada?

MH: Considero que no debemos hablar de maternidad subrogada, porque lo que subrogas no es la maternidad que encierra vínculos y funciones que nada tienen que ver con la biología, ya que si vos gestás para dos hombres no estás subrogando la maternidad, porque van a ser dos hombres, no va a haber una madre sino una copaternidad. Por eso está mal decir maternidad subrogada. Tampoco parece adecuado hablar de vientre subrogado, porque pareciera que la gestante solamente subroga el vientre y en realidad existe ahí una gestación, estás poniendo el cuerpo con todo lo que ello significa en términos psico-sociales, no es solamente el vientre.

Hay que tener muy en cuenta a la gestante. Si ella tiene hijas o hijos propios –siendo este un requisito en los proyectos de ley que elaboramos para poder gestar–, y está embarazada y lleva a su hijo o hija al colegio ¿la maestra qué va a creer? Posiblemente crean que va a tener un hermanito o hermanita, cuando no es así. Entonces va a tener que trabajar con la maestra del colegio, con la de inglés y con todas aquellas personas que se vinculen con su hijo/a para explicarle que la mujer está gestando un/a hijo/a para otra persona y que su hijo/a no va a tener un hermanito/a. La gestante tiene que enfrentar todas esas situaciones, por lo cual, la gestación comprende mucho más que subrogar el vientre. Es una complejidad extra. Incluso, también hay que considerar las licencias que se toma la gestante, sin dudas hay toda una connotación en el campo laboral que hace que el proceso de gestación por sustitución sea más complejo; sucede que se sale de la lógica tradicional, como así también la licencia a el o los futuros progenitores. Por eso la GS es una TRHA, pero de tipo extraordinaria porque es muy distinta a la ordinaria. En la ordinaria pongo yo mi cuerpo, lo vuelvo a intentar, sufro yo, pago yo el costo de exposición. Pero en la extraordinaria se pone el cuerpo de otra persona para mi propio proyecto parental, con todo lo que eso significa: cuerpo, entorno y psiquis. Por eso tam-

bién se pone un límite, ¿cuántas veces se puede gestar para otro? Y... como máximo dos, porque ahí está la verdadera protección, no hacer de esto un comercio.

Tiene que existir un límite, un control del Estado también para indagar sobre la voluntad de la gestante porque su salud se encuentra expuesta. No puede existir una libertad al 100%, esto de “yo gesto las veces que quiero, cuando quiero, como quiero y para quien quiero”, porque esto conlleva un riesgo y el Estado debe estar presente por ser el garante último de los derechos humanos de las personas.

Pilar Martínez (PM): ¿La regulación vendría a poner ese límite frente a este vacío legal?

MH: Al no existir una regulación que ponga un límite, la gestación por sustitución queda librada a la oferta y la demanda. Por eso el Estado tiene que ser responsable, porque sabe que esto pasa, y cada vez más. De hecho, algunos fallos dictados en esta materia disponen en el “Resuelvo” oficiar al Congreso de la Nación para que sepa que hay un vacío legislativo al respecto; que tome nota que aquí debe decir algo el Poder Legislativo. Entonces, en un punto, ya existe ahí una obligación estatal, ese vacío lo ocupa el Poder Judicial, pero sin reglas claras, porque, por ejemplo, depende si me toca el juzgado 1º o 2º. Esa es una abierta discrecionalidad, por eso perdemos todos y todas con la falta de una ley clara al respecto. Hoy la gente no tiene previsibilidad, los niños y niñas que nacen de gestación por sustitución no saben si van a tener que ir a la CSJN y estar 7 años sin filiación; por eso, si se hace igual ¿quién gana ante la falta de ley?

AV: ¿Te parece que tiene que existir un vínculo entre la persona gestante y los comitentes?

MH: Considero que no es lo mejor que el Estado reclute mujeres y, por otro lado, ¿por qué la mujer que me toque va a tener empatía conmigo? Por ahí yo no tengo afinidad con ella, con la primera de un listado de un registro que se organice en el algún organismo público

Entonces, la gestación por sustitución es una figura compleja y para eso también hay que generar las condiciones para que exista un piso mínimo de empatía, confianza, de

saber qué hace la gestante, sin que ello sea un control, sino una relación. Es más, si ella quiere abortar puede abortar dentro de las 14 semanas, es plenamente libre con todos los Derechos Humanos que tiene cualquier persona.

Para evitar todo eso es que creemos que lo adecuado es que la gestante sea alguien del círculo de afecto de quienes quieren ser progenitores: la hermana, la amiga de una hermana, la mejor amiga, etc. La idea es que los comitentes generen el vínculo, que sean quienes busquen a la gestante y, en el caso de que no se encuentre a nadie, se verán otras alternativas, pero pedirle al Estado que te reclute mujeres para que gesten es algo muy frío y mercantilista, es horrible para el proceso y para lo que uno quiere generar con esta figura.

PM: En relación a lo anterior, existe una distinción entre quienes creen que tendría que haber una compensación económica y quienes creen que debería ser totalmente altruista o sin ánimos de lucro.

MH: En los últimos proyectos que presentamos se plantean que la gestación por sustitución debe ser sin ánimo de lucro, pero con compensación económica. Son dos temas distintos: el lucro tiene que ver con pagar una vivienda, 50 mil dólares, etc., eso sería una compraventa, eso sería, por ejemplo, lo que sucede en Ucrania. Pero nosotros dijimos “no”. Ahora, lo que nos parece injusto para la mujer es el “altruismo”, porque ella va a tener que ir al médico, hacer chequeos, etc. La mujer embarazada no es igual a una que no lo está; y si tiene hijos/as propios/as alguien los/as va a tener que ir a buscar al colegio, ella no podrá hacerse cargo del mismo modo que si no estuviese embarazada, etc. Es decir, hay gastos y cambios en la dinámica familiar producto de una cuestión real: estás embarazada. No es igual a si no estuvieras, hay una vulnerabilidad ínsita en el embarazo. Por lo que esto debe ser compensado, si la gestante llevaba a sus hijos/as al colegio y ahora los/as tiene que llevar y traer un micro, eso es un gasto. ¿Cómo calcular ese gasto? Por ejemplo, yo soy investigadora del CONICET, gano “x”, se puede tener ese monto como piso para calcular una compensación y que se duplique por la cantidad de meses que estoy embarazada. Es decir, hay que pensar en algunos valores que compensen según la vida que cada una tiene. Pero esto de “te lo dejo al lucro que cada uno quiera”,

me parece que tampoco. No es “altruismo puro”, porque eso ya sería ficticio, aparte sería injusto para la mujer, el embarazo implica algo para ella que debe ser tenido en cuenta. Por eso entendemos que la compensación es la forma equilibrada de admitir que hay gastos económicos, producto de una vulnerabilidad que implica el embarazo que debe ser atendida y contenida.

AV: Consideramos que la sanción de la ley por el aborto legal, seguro y gratuito constituye un precedente –si se quiere– no solo en la ampliación de derechos, sino porque también demuestra que el escenario de hace unos años atrás es distinto al actual, y que tal vez estén las condiciones dadas para que la figura de la gestación por sustitución sea más aceptada. A pesar de eso, ¿cuáles son las razones que obstaculizan que sea regulado?

MH: Yo creo que estamos más cerca que antes, eso seguro. Yo volvería a dar el mismo debate, no me arrepiento de ningún debate que dí, incluso los que perdí. Porque yo creo que ese “perder” hizo que hoy estemos acá, construyendo y debatiendo sin hipocresía. Si en ese momento no nos hubiésemos atrevido a dar el debate, no sé si hoy estaríamos en este lugar. De hecho, muchísimas sentencias toman el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial como una guía, lo toman como antecedente, aun cuando no es ley. Hemos logrado con el debate dado durante el Anteproyecto poner ciertos límites. Además, debe recordarse que durante el debate del Anteproyecto estaba en auge la figura de Bergoglio, que después se convirtió en Papa. Ahora bien, a pesar de ello, se logró un camino de ampliación de derechos que implicó focalizar en una perspectiva laica de la ley. Eso fue acompañado por un movimiento feminista cada vez más fuerte. Porque, en definitiva, las feministas somos laicas, en general tenemos una formación laica. Porque el feminismo tiene una mirada crítica del patriarcado, y el patriarcado siempre fue sostenido por la Iglesia. Si vemos la mirada que se tiene desde la Iglesia sobre el rol de la mujer indigna, un lugar de cuidado, de “entrega por el otro”, de sumisión y de opresión. Esto también acontece desde otras religiones como la evangelista, que en general tienen ciertos tintes homofóbicos, además de profundizar también el rol de la mujer en la casa y a cargo de sus hijos/as. Todo lo que desde el feminismo se coloca en crisis. Es más, creo que estamos más cerca de que ese feminismo también entienda la necesidad de habilitar el debate, porque hay cada vez más

casos y el vacío legal no ayuda, sino por el contrario, perjudica a las propias mujeres. Además, nos permite profundizar sobre el concepto de autonomía. Si vos regulás un proceso judicial previo, ahí te vas a dar cuenta si la gestante sabe lo que es gestar para otros/as. En cambio, si no se da ese espacio, la gestante lo va a hacer igual, sin ninguna información. Por lo que, en clave de autonomía, un proyecto de ley que regule un proceso judicial previo, sirve para el fortalecimiento, para su empoderamiento, para que conozca bien qué implica y que sepa que se puede arrepentir; es decir, que el consentimiento sea lo más informado posible. Un montón de cosas, que si no lo regulás, la gestante puede no saberlo.

AV: Entonces lo ideal es que la autorización judicial sea previa y no como es ahora, ajustada a la discrecionalidad del juzgado que te toque.

MH: Exacto, el proyecto regula que la autorización judicial sea previa, en tanto cumplas con ciertos requisitos: tener un hijo/a previo/a, hacer informes psicológicos que te permiten saber lo que es gestar para otros/as, que conoces a los comitentes, etc. Al día de hoy tenemos 71 sentencias que comprometen 64 casos de gestación, porque algunas sentencias fueron a Cámara, por lo que involucran dos sentencias y no una sola. Pero la gran mayoría se terminó en primera instancia autorizándose la gestación. Estos 64 casos publicados en revistas son los que una conoce, pero seguramente existan más que se desconocen. De esos 64 casos, el 35% son casos altruistas genuinos, las gestantes son primas, hermanas, cuñadas, es decir, parientes. El otro 37% son personas que fácilmente se puede acreditar que son amigas, porque tienen fotos cuando eran chiquitas, fotos de cuando iban a la primaria, videos, etc., es decir, cuentan con información fácilmente comprobable. El 28% restante es sospechoso, por lo que a ese porcentaje lo tengo que abordar, y ¿cómo lo abordo? Lo abordo si lo judicializo previamente. Por ejemplo, yo vivo en Buenos Aires, conozco a una madre de Oberá, Misiones... es raro. No es que me voy haciendo amigas por la vida, por lo tanto, estos casos deben ser analizados con mayor profundidad en un proceso judicial propio. En ese caso, no es que lo vas a denegar, pero tenés que tener un doble crisol, para ver si la gestante lo hace por un tema de necesidad económica o, por ejemplo, tiene 7 hijos, y si asume ser gestante, sería su octavo embarazo. Es decir, no hace falta ser Einstein para darse cuenta que es sospechoso. Más

allá de eso, la gente no elige gestantes muy pobres, porque en general tienen problemas de desnutrición, y es quien va a gestar a tu hijo o hija. Por lo que las personas más vulnerables tampoco son las que gestan. Son gente joven. Por ejemplo, hubo un caso que llegó de daños y perjuicios a la justicia civil de Capital Federal, donde se trataba de una mujer que tenía un hijo con discapacidad, y lo que ella quiso hacer es ser donante de óvulo –que también te pagan– y tener unos pesos para hacer la rehabilitación de su hijo con discapacidad. A la mujer la sobreestimularon, pero ella había dicho que venía de otro centro de fertilidad. Al sobre estimularla mucho, le sacaron los óvulos, y no les importó hacer el seguimiento de cómo estaba, lo que produjo que tenga un inconveniente, por el cual perdió el útero. Es por eso que ella reclama daños y perjuicios. Justamente, para evitar estos abusos debe contarse con una ley que regule un proceso judicial previo a los fines de poder analizar y abordar la complejidad que encierra esta temática.

PM: Por lo que, en esos casos, la ideología de los jueces y las juezas con respecto a la figura quedaría por fuera.

MH: Claro. Por ejemplo, van dos hombres con la hermana de uno de ellos, y no se pueden negar si cumplís con los requisitos que establece la ley. Puede que no te guste porque sos homofóbico/a, pero tenés que cumplir con la ley. ¿Qué argumento que no sea discriminatorio podés utilizar si quienes solicitan la autorización cumplen con todos los requisitos legales?

AV: Hoy por hoy, al no existir una regulación, quienes se oponen, ¿qué justificación utilizan?

MH: Se da muchísimo en los casos de que sean dos hombres. De hecho, no es casualidad que los únicos casos que están en la Corte Suprema de Justicia comprometan a dos hombres. No es casualidad, es discriminación.

PM: Justamente, acá en Rosario entrevistamos a una abogada que representó a una pareja compuesta por dos hombres, a quienes en marzo de este año se les autorizó a realizar

una gestación por sustitución, y lo que la jueza hizo fue declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC.

MH: De hecho, de los 71 fallos, hay 57 sancionados post CCyC. De este total en 25 oportunidades se hizo lugar a la inconstitucionalidad del artículo 562. Porque dicho artículo es precisamente para los casos de TRHA ordinarias, donde quien gesta es la que presta la voluntad procreacional, y en la gestación está dissociado quien gesta de quien presta la voluntad procreacional. Ese artículo como está –que es el de determinación de filiación en las THRA– está mal. O sea, está bien porque en el Anteproyecto habíamos regulado la gestación por sustitución específicamente, era en un artículo propio, pero al sacar ese artículo te quedó el general para todo. Y el general para todo no te cierra para la gestación. Porque en esta figura la particularidad que hay es que quien gesta no tiene la voluntad procreacional. En cambio, ese artículo está regulado para quienes quieren gestar (mujeres solas o parejas heterosexuales o de dos mujeres), que pueden ir a una donante de óvulos.

AV: ¿Y en el caso de una mujer sola?

MH: El único caso que tuvimos fue en Córdoba, en el 2018 aproximadamente. El fallo es desopilante porque el juez decía que su padre era ginecólogo, y que él iba al consultorio y escuchaba lo que sufrían las mujeres que no podían tener hijos/as. Tenía cero argumentos jurídicos, todo era lo que él pensaba y su historia. En ese caso, se trataba de una mujer que, si mal no recuerdo, no tenía útero y además como tenía 46 años ni tenía óvulos propios. Por lo cual, había óvulos donados, también semen donado y la gestante era una amiga de ella, cuya relación estaba comprobada. Es el único caso de la jurisprudencia donde ella no aportaba nada. Pura voluntad procreacional. Ella no da sus óvulos, no gesta, semen y óvulo donado. Y el juez hizo lugar al pedido.

PM: En esos casos de mujeres solas, debe comprobarse que existe algún tipo de impedimento para gestar, como no tener útero.

MH: Esa es nuestra postura, porque quienes son comitentes están comprometiendo el cuerpo de otra persona en su proyecto parental. No al estilo Sarah Jessica Parker, que no quiso que sus caderas se ensanchen y por eso no quiso gestar...eso acá no. Si vas a poner en riesgo la vida y la salud de una persona, mínimamente que sea porque la comitente no pueda, y no por razones sociales o para no pasar por un embarazo por miedo, etc., sino que elija como todo el mundo elige, tenga hijos/as cuando realmente pueda, como todos y todas decidimos. Por eso creo que hay que poner un límite.

AV: ¿Qué derechos y/o principios ves cercenados frente a este vacío legal?

MH: Primero, el acceso a formar una familia, porque la GS es una posibilidad más de acceder a formar una familia, y en especial para los hombres, ya sea solos o en pareja. Considerando que en nuestro país se regula el matrimonio igualitario, eso no es un tema menor. Porque al habilitar y al reconocer el acceso a la familia cualquiera sea la orientación sexual, es claro que la GS es un modo de dar respuesta a ello. También lo que tiene que ver con el derecho a la identidad, al desarrollo personal, e incluso también en pos de los niños y las niñas, ya que, si no regulas la GS, ellos y ellas ven vedada la posibilidad de fijar la filiación con quienes tienen la voluntad procreacional. Porque se trata de niños y niñas que nacen en familias que los/as buscaron, que los/as quieren. Y también la libertad de la gestante y de los comitentes, que ambas tienen que coincidir.

PM: ¿Considerás que hay un desconocimiento de la sociedad acerca de esta figura?

MH: La gente no sabe. Se empezó a instalar un poco más con la novela “Pequeña Victoria”, y se empezaron a contar historias de personas o parejas que habían querido hacerlo. Por ejemplo, Marley va a hacer un *reality* contando la historia de su hijo Mirko, que nació en EE.UU. a través de esta técnica, y creo que va a tener repercusión. Pero creo que la gente aún no lo dimensiona porque, por lo general, tienen hijos/as y el problema de la infertilidad no es algo que los atraviese, porque por ahí los tuvieron fácil. Por ejemplo, se dio durante la pandemia que 9 familias argentinas habían iniciado los trámites en Ucrania y quedaron varados en Argentina porque no había aviones, y eso generó alguna especie de

impacto en los medios, de estar esperándolos... esas cosas más bien “románticas”. Lo que sucede es que instalar un tema mediáticamente no es tan sencillo, porque además la gente está muy preocupada por otros temas, entonces no sé si son temas que les atraviesa mucho, por eso no saben bien qué es. Pero sucede que les contás y luego les interesa. Por ejemplo, cuando yo hablo de esto en clase, mis alumnos y alumnas se enganchan, pero porque yo los llevé al tema, pero, por lo general, no son temas que prendan por iniciativa propia.

PM: De hecho, mientras investigábamos sobre el tema, advertimos que son pocos los autores y las autoras que hablan sobre el mismo desde la perspectiva de género y de Derechos Humanos.

MH: Lo que pasa es que hay que tener en cuenta el contexto. Esta mirada desde el feminismo y de los DD.HH. que se instala en el Derecho de las Familias, es más o menos reciente. Formo parte de la camada que trató de instalarlo, y creo que con mucho esfuerzo y mucha lucha lo hemos logrado. Si vos vas a los libros clásicos, no hay nada de todo esto. Es algo que hemos construido aproximadamente desde el 2006 en adelante, que empezamos a repensar el Derecho a la luz de los DD.HH. Al respecto, me parece importante destacar que Néstor y Cristina colocaron como columna vertebral la idea de Memoria, Verdad y Justicia, es decir, los DD.HH. en el centro de la agenda pública, como bandera, y como mirada central para repensar todo el Derecho, incluido la rama de Familias. Todo lo vinculado con la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, el abogado del niño, pasar de la noción de patria potestad (pater familia) a la de responsabilidad parental, entre tantas, todas estas figuras claramente democratizadoras. Por eso no hay muchos autores/as que partan como nosotras de este lugar de fuerte deconstrucción; aún nos sigue costando conquistar espacios de debate a pesar de ser la voz legislativa oficial. Porque lo que sucede también es que en las universidades nacionales los titulares son personas grandes y vienen con una mirada legalista y conservadora del Derecho. Es cierto que varios de ellos hoy tienen que hablar de estos temas, porque no se quieren quedar afuera del tren, pero no tienen una formación profunda en DD.HH. Por eso es la gente joven la que nos va siguiendo, la que se acerca a esa mirada y a esa bibliografía. De hecho, hoy tampoco se habla de política, se cree que es otra cosa, y

se olvidan de que lo personal es político. Pensar el derecho en clave territorial, hacerle bien a la gente con sus problemáticas concretas, no en abstracto. Por eso propongo un feminismo popular. Esto es más o menos nuevo en el ámbito jurídico. Por eso yo tengo esperanza en la gente joven, porque también los atravesó los 12 años de Néstor y Cristina y, sobre todo, el movimiento feminista. Los pañuelos verdes han sido muy importantes, esto de poder salir del clóset, de la clandestinidad con temáticas centrales para la democracia. Todas esas camadas de nuevos alumnos y alumnas, que en breve serán abogados y abogadas, tienen una formación distinta. Yo creo que ahí está la clave, ya que ellos y ellas van a ser los jueces y las juezas del día de mañana. Estoy convencida de que esta transformación va a ser a largo plazo.

AV: Por otro lado, ¿crees que la GS está implícitamente regulada?

MH: Sinceramente me encantaría decir eso, pero con el sistema jurídico que tenemos con la lógica de que “la madre cierta siempre es”, no está implícitamente regulada. Por ejemplo, hay casos de triple filiación, pero se aceptan declarando la inconstitucionalidad del art. 558, que dice que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Por lo que tampoco está implícitamente regulado. De hecho, me parece peligroso decir que está implícitamente regulado, porque, así como lo tuerzo para el bien, lo puedo torcer para el mal. Me gusta dar un debate que sea prolijo. Esto está mal como está hoy regulado, porque la realidad es que le sacaron el artículo donde estaba regulado, no está en el CCyC. Pero es cierto que tampoco lo prohibimos. Porque yo hice los fundamentos cuando se sacó el artículo del proyecto y expresamente no se lo prohibió; expresamos que se trata de una figura nueva, que en el Derecho comparado recién se estaba empezando a tratar, que amerita un debate más profundo y particularizado, etc., pero no se lo prohibió. Porque ya en ese momento había casos que estaban en trámite.

PM: ¿Crees que lo que se da entre la gestante y los comitentes es un contrato?

MH: No, porque estamos en el marco de la filiación y no tenemos una mirada contractualista de la filiación. Es como cuando se dice que el matrimonio es un contrato; y no,

no lo es. Es una institución. Otra cosa es el valor que tienen lo que las partes pactaron durante el proceso de autorización, lo que constituye una prueba, por ejemplo, cómo se conocieron, o cómo ellos pactan la compensación. Son ideas que pueden plasmarse y eso no está prohibido, pero no es que lo homologo como a un contrato, sino que es un proceso judicial previo donde el juez o la jueza va a tener que analizar todas las pruebas, con independencia de que haya algo escrito o no.

AV: ¿Cuáles son las discrepancias que se dan dentro del mismo movimiento feminista en relación a este tema?

MH: El miedo es la explotación, que se gesta para otros y otras. Pero lo que pasa es que si mostrás que el 72% de los casos que se dieron en la Argentina se trata de personas que tienen un vínculo afectivo enorme, ya ahí se te cae esa postura. No es lo mismo que yo viva en Buenos Aires y le pida a una mujer de Misiones que geste a mi hijo o hija, a que lo haga mi hermana o mi mejor amiga. Ahí la autonomía, el afecto, el dolor por el que vive la otra hace que la cuestión no se vincule con la idea de explotación. He tenido casos donde me han contado sus experiencias, el dolor que genera haber perdido tres embarazos... Por ejemplo, hubo un caso de una madre cuya hija había nacido con síndrome de Rokitansky, es decir, que nació sin útero, y los médicos decían que había una composición genética de la madre que le había trasladado a su hija. Por lo que la madre tenía una culpa enorme entendiendo que su hija era estéril por ella. Por lo que para esa madre era reparador que ella pudiera gestar para su hija. Era como una forma de devolverle a su hija lo que le había quitado. La chica tenía 22 años, la madre 44. La mente humana es tan compleja, y ella siente que la reparación viene por ese lado. ¿Quién soy yo para decirte sí o no? Si está todo blanqueado, si es la madre, es su hija. ¿Dónde ponemos la vara y quiénes somos nosotros/as para poner la vara en ese lugar y no más arriba o más abajo? Mientras cada uno/a conozca las piezas y quiera jugarlas, ¿quién soy yo, jueza, para decirte sí o no? Si no tuve la misma historia de vida que ella, si pude tener hijos/as fácilmente, no puedo decir que sí o no, sin más. Por eso se requiere un proceso judicial previo. La humanidad que se tiene, el compromiso que se tiene, cómo se escucha, eso es muy importante, y más aún en este tipo de procesos.

PM: En el caso de Marley, ¿por qué acudió a otro país y cómo se reconoció su filiación?

MH: Porque en EE.UU. hay una empresa que te maneja todo, y la filiación se reconoció porque en nuestro Derecho Internacional Privado lo que está bien en el extranjero, se reconoce acá, se reconoció lo que se había autorizado allá.

AV: De ahí surge que solo quienes tienen la posibilidad económica puedan acceder a esta técnica sin inconvenientes.

MH: Claramente, le salió aproximadamente entre 150 y 200 mil dólares. Es una historia que se da en el marco de una empresa que selecciona a la gestante... es otra cosa. No es lo que pretendemos acá. De hecho, de las 15 mil personas que había entrevistado esa empresa, solo pudieron rescatar 100 gestantes, por lo tanto, el estudio que se le hace a las gestantes es sumamente profundo.

PM: Esto de tener una hija o un hijo previo, ¿es para evitar el lazo afectivo con el primogénito?

MH: El requisito que proponemos que exige tener una hija o hijo previo es para que el consentimiento sea lo más informado posible, porque así la gestante ya pasó por un embarazo propio. La única forma de evitar el lazo afectivo, es que la gestante no ponga su propio óvulo. Porque los casos de arrepentimiento que hemos tenido en el Derecho comparado se dieron cuando la gestante también aportaba el óvulo. En cambio, si vos sos una gestante pura, que no aporta óvulos, te baja la posibilidad, porque lo sentís ajeno, no tiene nada tuyo. Cada embarazo es un mundo, esto de sentirte mal al principio, es decir, si tuviste un hijo o hija ya sabés a lo que te vas a enfrentar, si vas a poder sobre-llevarlo, etc. Es para tener más información.