



HAL
open science

La bioética en las relaciones de familia

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La bioética en las relaciones de familia. Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2018, Paradigmas y nuevos desafíos en derecho de familia, 1 (85), pp.AP/DOC/369/2018 (1). <hal-01857269>

HAL Id: hal-01857269

<https://hal.science/hal-01857269v1>

Submitted on 29 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Título: [La bioética en las relaciones de familia: cuerpo y mercado en el Derecho francés](#)

Autor: [Borrillo, Daniel](#)

Publicado en: [RDF 85, 10/07/2018, 9](#)

Cita Online: [AP/DOC/369/2018](#)

(1)

I. Introducción

La cuestión del estatuto jurídico del cuerpo humano ha hecho correr ríos de tinta (2). Dicho tema reenvía a la vez a la naturaleza del cuerpo en el derecho, ¿se trata de una cosa o de una persona? Y a la cuestión de la propiedad del cuerpo: ¿quién es el titular de este, el individuo, el Estado, la ciencia, Dios?

En Francia, desde el principio del debate de las leyes de bioética en 1994, un cierto simplismo retórico ha opuesto dos bandos: uno inspirado en la filosofía liberal anglosajona que hace del cuerpo la propiedad del individuo (3) y otro, propio al derecho continental, que considera al cuerpo como sustrato de la persona. Oponer Locke a Kant resulta útil para la tertulia periodística, pero las cosas son más complejas en la vida real.

Si hasta la Revolución Francesa la Iglesia Católica encarnaba la autoridad por excelencia sobre el cuerpo, hoy día la voz eclesíastica se encuentra limitada en las democracias modernas a la participación en ciertos debates de los comités de ética junto con muchas otras fuerzas políticas y de opinión. Aunque, como lo veremos más adelante, el pensamiento religioso continúa influenciando la lógica jurídica en materia de bioética.

En el siglo XIX, el Estado reemplaza progresivamente a la Iglesia en su voluntad de intervenir sobre el cuerpo humano por razones de higiene y de salud pública... Dicha tradición publicista persiste en Francia con una Administración omnipresente en las cuestiones relativas al cuerpo humano (4), por comenzar, en la puesta en marcha del principio de libre consentimiento y autonomía de la persona, principios que limitan la intervención de la investigación biomédica y la acción de la medicina en los cuerpos de los ciudadanos.

La cuestión de la propiedad sobre el cuerpo no tiene la misma dimensión en todas las familias jurídicas. En nuestros países, donde el pensamiento jurídico ha sido influenciado por el derecho romano, es difícil escapar a la summa divisio entre cosas y personas.

Una persona no es sólo aquella de carne y hueso (persona física) sino también una entidad abstracta (persona jurídica). Del mismo modo en derecho, una cosa no es sólo la res sino también las cosas inmateriales, lo cual complica la clasificación binaria, por ejemplo, respecto de la información genética.

Hasta mediados del siglo XX, el cuerpo humano no constituía un objeto de reflexión privilegiado de la doctrina. Si tradicionalmente la cuestión de la esclavitud había movido el pensamiento jurídico durante el siglo XIX, habrá que esperar un siglo para que la cuestión del cuerpo vuelva con vigor al debate político y, por ende, jurídico. Los juristas se habían ya pronunciado en varias ocasiones respecto del estatuto de partes del cuerpo como los cabellos, las uñas o los dientes, así como la leche materna, elementos que circulaban más o menos gratuitamente sin provocar mayores controversias hasta la generalización de la transfusión sanguínea en los años 1950 y luego la práctica de congelación de gametos en los años 1980... El valor simbólico de dichas sustancias ha llevado a considerarlas como portadoras de una cierta sacralidad de la que no disponían los cabellos o las uñas... El derecho aquí está subordinado a cuestiones simbólicas que lo sobrepasan, así una parte de la doctrina francesa ha calificado el esperma y los óvulos de "fuerzas genéticas potencialidades de la especie humana", aunque otra parte importante de dicha doctrina ha considerado esas sustancias como "cosas fuera del comercio" que pueden, sin embargo, ser objeto de negocios jurídicos como la cesión o la donación, pero no la venta. El Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997 se ha confrontado a dichas cuestiones simbólicas y a las sensibilidades propias a cada Estado, como Alemania, aún traumatizada por los crímenes nazis que la hacen particularmente prudente y conservadora en la materia tanto como Polonia o Irlanda, que también lo son, pero por razones religiosas, situación muy diferente de la tradición liberal británica. La cuestión regulada por el Convenio de Oviedo sobrepasa el tema del estatuto del cuerpo, ya que se refiere a algo anterior como son los mecanismos vitales del ser humano (genéticos, neurobiológicos y embriológicos).

El desarrollo de la ciencia, que ha permitido al individuo disponer de manera inédita de su cuerpo, ha obligado al jurista a reflexionar nuevamente acerca de la naturaleza jurídica de aquel. Asimismo, la biotecnología ha otorgado una realidad objetiva al cuerpo, permitiendo la conservación de partes de él o de elementos separados de él... Pero es posible no sólo modificar el cuerpo sino también la propia especie humana. Lo que nos lleva aquí a proponer una distinción entre el cuerpo individual (encarnado) y el cuerpo desencarnado (información genética).

II. Cuerpo, ¿objeto o sujeto de derecho?

Así, naturalmente, cuando se le pregunta a un jurista acerca del estatuto del cuerpo humano, piensa inmediatamente en ubicarlo en alguna de las dos categorías clásicas: las cosas o las personas. El Convenio de Oviedo ha introducido una diferencia nueva: la dignidad de la integridad del individuo (derecho subjetivo) y la dignidad de la identidad de la especie humana (derecho colectivo). No se trata ya de proteger el cuerpo humano individualmente sino la especie colectivamente. Respecto de la primera dimensión, la mayoría de la doctrina francesa considera que el cuerpo es el sustrato de la persona, el cuerpo es la persona y viceversa. Los principios de inviolabilidad, indisponibilidad y no-patrimonialidad se desprenden de dicha concepción del cuerpo-persona. Las leyes de bioética que irrigan tanto al derecho civil como al derecho de la salud parten de aquella concepción filosófica que constituye la llave de lectura del sistema jurídico. Las condiciones de circulación de los productos y elementos del cuerpo humano, ya sea a fines de investigación científica o por razones terapéuticas, están reguladas a partir de dicha concepción personalista. Sin embargo, el avance científico ha permitido no sólo nuevas disponibilidades sino una manera radicalmente diferente de representarse el cuerpo humano: la estructura del ADN (el genotipo) es también el cuerpo humano como lo es el fenotipo... Pero tal distinción es reciente y no forma parte del derecho clásico, por ello ha sido necesario proteger aquella dimensión (el genotipo) del cuerpo. La protección jurídica del genoma humano nos ha colocado en un espacio nuevo que viene a limitar el derecho subjetivo individual de la persona, pues el patrimonio genético es una característica de la especie humana y no un atributo individual. Sin embargo, tal afectación universal del genoma no debe alterar el principio de la doble soberanía, del mismo modo que la inscripción de un bien como patrimonio mundial de la UNESCO no hace desaparecer el derecho de propiedad del individuo que lo posee ni deroga la protección nacional que lo tutela. La calificación universal es como un paraguas que recubre todo, pero no anula nada.

En mi opinión, el cuerpo es la persona cuando está integrado a ella y forma una unidad con esta. Los elementos separados del cuerpo dejarían de ser persona y pasarían a ser cosas, ciertamente protegidas de un modo específico en función de su naturaleza. En el derecho francés encontramos nueve categorías de elementos corporales: los órganos, los gametos, la sangre, los residuos quirúrgicos, los tejidos y células, los apéndices (cabellos, uñas, dientes), la leche materna, los productos corporales y los productos genéticos. Cada categoría tiene una regulación especial según el grado de importancia que el orden jurídico acuerda a cada uno de dichos elementos [\(5\)](#).

Pero el cuerpo deja también huellas inmateriales, la información genética es cada vez más accesible no sólo por los profesionales de la salud sino por otras corporaciones como los seguros. De ahí las numerosas recomendaciones europeas e internacionales relativas al respeto de la vida privada, los datos personales y los tratamientos automatizados de dichos datos. El art. 13 del Convenio de Oviedo, cuando dice que "no podrá realizarse intervención alguna en el genoma humano si no es con fines preventivos, terapéuticos o de diagnóstico, y a condición de que no tenga por objeto introducir ninguna modificación en el genoma de la descendencia", introduce un principio nuevo de indisponibilidad del cuerpo humano. Del mismo modo, el art. 19 completa dicho orden público del cuerpo cuando estipula que "la obtención de órganos y tejidos de un donante vivo para trasplante, sólo se puede hacer en vista al interés terapéutico del receptor cuando no se disponga del órgano o tejido adecuado procedente de cadáver ni de método terapéutico alternativo de eficacia equiparable".

El derecho francés establece que el cuerpo humano es inviolable e indisponible, sus elementos y productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial (art. 16-1 del Cód. Civil), ello hace imposible la cesión a título oneroso de partes del cuerpo y la patente de este [\(6\)](#). Dichas prescripciones no cesan con la muerte, el cadáver y las cenizas son protegidos por los mismos principios de respeto de la dignidad humana. El célebre caso de la exposición "Our Body" que la justicia prohibió en Francia ante la ausencia de prueba de que los cadáveres habían sido expuestos con el consentimiento de los difuntos (París, ref. 30 abril 2009). Del mismo modo la Corte de Casación estatuyó en 2010 que el respeto del cuerpo humano después de la muerte es de orden público y que una exposición de cadáveres con fines comerciales desconoce dicha exigencia [\(7\)](#).

Asimismo, el cuerpo de una persona en estado vegetativo crónico que no puede manifestar su voluntad es considerado como aquel de un incapaz mayor que precisa una tutela específica a través del mecanismo de la representación.

Además de lo establecido en el Código Civil, el Código de Salud Pública instituye el marco de los negocios jurídicos en torno al cuerpo humano como la necesidad de obtener el consentimiento del donante, la gratuidad, el anonimato, la prohibición de publicidad, sea en provecho de la persona física o de un establecimiento sanitario, y el respeto de las reglas de seguridad sanitaria. Recordemos que el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano se aplica para el donante y el beneficiario, vale decir que las partes separadas del cuerpo sólo pueden circular gratuitamente entre ellos, pero no quiere decir que no se pueda establecer un derecho de propiedad sobre él en cesiones posteriores. Un elemento aislado del cuerpo o producido técnicamente, como la

secuencia de un gen utilizada para producir una proteína, pueden ser protegidos por el derecho de patentes en Europa en general y en Francia en particular (8).

III. Las relaciones de filiación

Los principios de no patrimonialidad, gratuidad y anonimato informan también las relaciones de filiación producto de técnicas de reproducción asistida. En efecto, desde la adopción de la Ley de Bioética de 1994, este tipo de filiación se ha justificado por la imposibilidad de reproducirse, en la mayoría de los casos por infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja. A tal punto se le ha querido otorgar una dimensión terapéutica a la cuestión que las normas que gobiernan este tipo de técnicas no se encuentran en el Código Civil sino en el Código de la Salud Pública. El art. L2141-2 de dicho Código establece que la AMP (assistance médicale à la procréation) tiene por objeto remediar la infertilidad de la pareja o evitar la transmisión de enfermedades graves al niño o a uno de los miembros de la pareja. La naturaleza patológica de la esterilidad debe ser probada clínicamente. Si se realiza con gametos externos a la pareja, los donadores o donadoras tienen que ser anónimos y hacerlo de forma gratuita. Esto último explica que en Francia haya una lista de espera de tres años para beneficiarse de una donación de óvulos (9), mientras que en España es de dos meses, pues se les indemniza a las donadoras con alrededor de 1000 euros. El Comité de Ética francés insiste en que la remuneración de donadores no es una "solución éticamente posible", agravando así la penuria de gametos en Francia (10). En el estado actual del derecho positivo francés, sólo pueden recurrir a las TRHA las parejas heterosexuales, aunque probablemente la reforma de la legislación de bioética de este año permita el acceso a las parejas de mujeres. No sólo porque el Comité de Ética, el Defensor del Pueblo y el Consejo por la Igualdad se han pronunciado favorablemente —y que el presidente Macron declaró que se sometería a dichos informes— sino también porque la Corte de Casación ha realizado un paso decisivo indicando que "recurrir a una inseminación artificial con donante no lesiona ningún principio del derecho francés" (11), lo que significa concretamente que la esposa de la mujer que ha realizado dicha inseminación en el extranjero puede adoptar al niño de su cónyuge. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha obligado a Francia a inscribir en el registro consular a los niños nacidos por gestación de sustitución en el extranjero (12) sin que dicha práctica sea autorizada en Francia. De todos modos, e independientemente de que estas TRHA se adopten o no, seguirán siendo seguramente gratuitas, lo que va a agravar la penuria de gametos, ya que no habrá distinción, en virtud del principio de igualdad, entre esterilidad (13) y homoparentalidad.

IV. El cuerpo y la dignidad humana

La experiencia del cuerpo es al mismo tiempo la de ser el cuerpo y tener un cuerpo. El cuerpo no es unívoco. La traducción jurídica de ello hace que él pueda ser considerado la persona y protegido por el principio de dignidad humana, pero también pueda ser tratado jurídicamente como una cosa (en Francia fuera del comercio, algo así como una cosa sacra en términos de las Instituciones de Gaius) o no, como es el caso de los desechos quirúrgicos (placenta) o los apéndices como el pelo y las uñas. Por ello no me parece útil continuar organizando el debate únicamente en torno de la disyuntiva, cuerpo-cosa o cuerpo-persona sino más bien privilegiar otro interrogante: ¿qué concepción de la libertad del ciudadano queremos promover en las legislaciones relativas a la investigación biomédica y las prácticas terapéuticas? Dicho de otro modo: ¿quién decide, in fine, lo que hacemos con nuestro cuerpo?

El fundamento de los derechos humanos es el individuo. Ciertamente, la técnica de la propiedad no conviene cuando nos referimos al cuerpo, por ello es más pertinente utilizar la expresión libertad de disponer de uno mismo. El principio de dignidad humana completa la libre disposición cuando determina que es necesario reconocer en cada individuo la humanidad que lleva implícita. El derecho debe garantizar al mismo tiempo la libertad del individuo y la dignidad de la persona.

Ahora bien, si la noción de dignidad humana me parece indiscutible respecto del prójimo, sin embargo, cuando se aplica al propio interesado puede convertirse en un principio liberticida. Proteger a la persona contra ella misma, ¿no es la definición misma del paternalismo? ¿Puede la humanidad abstracta imponerse a la libertad concreta del humano? ¿Quién sabe mejor que el individuo lo que es digno para él?

Decir que la persona no puede disponer libremente de su cuerpo ya que este último no es una cosa sino que es constitutivo de su persona y que dicha persona tiene una obligación moral y jurídica de respetar la humanidad que en ella reside llevaría a prohibir ciertos actos como atentatorios de la dignidad humana (gestación subrogada, prostitución, sadomasoquismo, eutanasia...), o limitar la libertad de creación del artista que toma su cuerpo como soporte de una obra de arte (tatuaje, automutilación, performances estéticas...), como Mme. Orlan, que se ha implantado dos cuernos en su frente para denunciar la estandarización de la cirugía estética.

Una manera diferente de abordar la cuestión consistiría en abandonar el análisis sobre el estatuto (naturaleza, calidad) del cuerpo humano para concentrarnos en el estudio de la relación que el individuo

mantiene consigo mismo. La función del orden jurídico no es tanto la de otorgar calidades sino más bien la de organizar relaciones.

Desde dicha perspectiva, el cuerpo en su integralidad será siempre persona para los terceros, pero respecto de uno mismo puede ser jurídicamente una cosa, si ello me permite proteger mejor la libertad individual, es decir, aquella que mantengo conmigo mismo. Así, el cuerpo de la medicina o de la ciencia no es el mismo que el cuerpo del derecho. Como hemos visto, el cuerpo puede jurídicamente ser asimilado a la persona, a una cosa o a una res sacra. En todo caso, podríamos decir que el cuerpo sería algo así como una entidad bajo el dominio individual (autodeterminación), pero dentro del cuadro general de los preceptos jurídicos establecidos en el derecho nacional e internacional de la bioética (limitación). Entre la tesis patrimonialista y la tesis personalista, podríamos encontrar un justo medio a partir del principio de autodeterminación corporal de la persona (integridad física/vida privada/consentimiento libre), como lo muestra la evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de transexualidad o de pacientes en estado terminal.

Del mismo modo, respecto de las relaciones de familia no parece evidente que la gratuidad y la noción de cuerpo fuera del comercio sea necesariamente un mecanismo de protección de los intereses jurídicos de los miembros de la familia. Sin derogar el principio de no patrimonialidad, podrían pensarse mecanismos de indemnización que permitan retribuir tanto la cesión de elementos del cuerpo como las técnicas de reproducción humana asistida con donantes o el servicio ofrecido en una gestación subrogada. Retribuir de alguna manera un servicio de gestación subrogada constituiría un gesto profundamente feminista, ya que, por primera vez y en virtud del principio económico de ventajas comparativas, se remuneraría (o indemnizaría) una prestación que una parte de la humanidad (las mujeres) ha realizado hasta ahora gratuitamente a la otra parte (los hombres).

V. De la gratuidad en el derecho

La noción de gratuidad recogida por el derecho tiene un origen económico y hace referencia a la entrega de un bien o la realización de un servicio sin contraprestación o contrapartida aparente por parte del beneficiario. Así, en virtud de la noción de orden público en las relaciones de filiación y por el principio de dignidad humana, el orden jurídico francés ha determinado que las TRHA son desinteresadas y sin reciprocidad. Al querer evitar el mercado, el derecho ha eliminado también el interés. La lógica de la donación ha eclipsado el entramado de reciprocidades posibles (indemnización, tarifa, compensación, reembolso...). Una contrapartida financiera por un servicio (la gestación por sustitución, por ejemplo) o por una sustancia corporal (el semen o los óvulos, por ejemplo) debería ser posible, ya que dicha contrapartida puede perfectamente escapar a las reglas del mercado y al contrato de compraventa, sin que por ello se descuide el interés económico de quien ofrece algo y que, en el estado actual del derecho positivo, no recibe nada a cambio. El problema de la gratuidad es que en varias ocasiones se confunde con una noción metafísica: la sacralidad del cuerpo. Dicha sacralización permite colocarlo fuera del comercio de manera dogmática, es decir, sin plantearse si dicha exclusión resulta eficaz y pertinente [\(14\)](#). Decir que los elementos del cuerpo no tienen precio no significa que se pueda remunerar de alguna manera a quien los cede o quien pone su cuerpo al servicio de otro como en la gestación por sustitución. Si un kinesiólogo pone sus manos al servicio de un paciente para prodigar una cura, no decimos que alquila sus manos, sin embargo, el lenguaje vulgar utiliza la expresión "alquiler de vientre" para referirse a la subrogación. Inclusive algunos autores van más lejos y hablan de esclavitud... ¿Por qué es digno de una persona vender sus talentos, su conocimiento, sus habilidades, pero sería indigno vender su sangre o ser remunerada por una gestación subrogada? Todo el mundo es retribuido en el sistema de salud (médicos, enfermeros, administración, laboratorios, radiografías...), salvo el paciente. Remunerar no significa poner un precio, el precio lo determina el mercado, mientras que una retribución es establecida por la Administración. La dimensión altruista impuesta por el derecho supone que lo gratuito es bueno y lo oneroso es malo, a tal punto que el Código Penal francés, en su art. 511-9, sanciona la venta de gametos con una pena de prisión de cinco años y una multa de 75.000 euros; del mismo modo, la gestación subrogada produce una infracción castigada con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa (art. 511-24 del Cód. Penal). Sin embargo, nada prueba que la gratuidad garantice la moral y la justicia. Puede que alguien bajo presión familiar acepte una gestación subrogada y en tal caso dicho acto será menos libre que aquel de una mujer que lo hace onerosamente. Lo que cuenta aquí no es la gratuidad sino la capacidad para consentir libremente al acto.

VI. El servicio de gestación por sustitución

Si una mujer es libre de interrumpir legalmente el embarazo, no existen razones válidas para impedirle que lo lleve adelante (qui potest plus potest minus), sobre todo cuando se trata de un embrión que no es genéticamente suyo. La reproducción concierne la vida privada y las personas deberían ser libres para poder elegir la manera de concebir sus hijos.

Si no existen vicios del consentimiento, dicha gestación debería ser regulada como un servicio sui generis.

Este puede ser libre y regulado por el mercado, en tal caso hablaríamos de un precio o establecido por el Estado y se trataría entonces de una indemnización tarifada. El único modo de evitar un mercado clandestino es regulando. Como subraya Eleonora Lamm: "La falta de regulación o la prohibición legal genera numerosos problemas o conflictos (como la existencia de niños o niñas apátridas, el recurso ilegal de la adopción, las falsedades de identidad, etc.), que en su mayoría podrían ser evitados de existir una regulación legal que los contemple y resuelva. Cada día vemos en la prensa noticias que fácilmente ejemplifican esta afirmación. Regular una práctica que se reconoce compleja es la postura que mejor protege a las personas involucradas" (15).

La gestación subrogada es un trabajo reproductivo que ha sido realizado gratuitamente desde la noche de los tiempos. Es curioso que cuando emerge como tarea posiblemente remunerada desencadena la indignación mercantilista, mientras que nadie se ha detenido a pensar por qué las mujeres tienen que realizar dicho trabajo de manera gratuita. Si consideramos que una "madre" portadora remunerada es una mujer explotada, entonces qué decir de todas las mujeres que gratuitamente han procreado...

Legalizar la gestación subrogada no significa la anarquía, en los países donde se ha realizado se nota que existen pocos litigios y que los derechos e intereses de las partes son respetados. Así, en los Estados de EE.UU. donde dicha práctica es legal, los padres de intención como la portadora deben tener por lo menos 21 años de edad, residir en el Estado por lo menos durante un año. Se deben someter a un examen físico y psíquico y probar que son capaces de criar al niño. Por lo menos uno de los padres debe tener un vínculo genético con el niño. La mujer subrogada debe tener por lo menos un hijo y sus óvulos no pueden ser usados para la gestación.

Varios estudios sociológicos muestran que la motivación por una gestación subrogada varía según las mujeres (16). Algunas lo hacen para ayudar a otra mujer de la familia, otras para reparar psicológicamente un aborto, otras para ganar dinero o para vivir la aventura del abrazo... En realidad, jurídicamente, la motivación resulta irrelevante, lo único que debe contar es el consentimiento libre y sin presiones para que el servicio pueda ser realizado en las mejores condiciones para todas las partes del proceso procreativo.

VII. Conclusión

La globalización de la bioética nos obliga a reflexionar de manera internacional para encontrar los mecanismos de protección a la vez de la individualidad (subjetiva) y de la humanidad (objetiva) sin caer en la tentación de nuevas formas de paternalismo, no ya en nombre del orden natural o de la voluntad divina sino en aquel de la dignidad humana. Dicho concepto ha venido a reemplazar la vieja noción de alma. Arma eficaz en manos de los nuevos conservadurismos, la dignidad humana ha permitido la entrada de principios teológicos en el derecho moderno con el objetivo de desestabilizarlo. El concepto de ecología humana, promovido por el Vaticano, y al que una buena parte de la izquierda adhiere de manera acrítica, completa el panorama político actual. La lucha contra la ciencia, el mercado, el capitalismo y el individualismo reúne en una alianza objetiva a los nuevos tenores de la izquierda (post moderna) y la derecha neoconservadora. La gratuidad y el fin del anonimato enarbolados como principios de orden público acabarán con las TRHA, según nos alertan todos los profesionales de la salud en Francia. A la crítica de la mercantilización se le puede oponer no tanto la libertad del mercado como la libertad civil de procrear.

Una lectura jurídica del cuerpo humano y de las relaciones de familia emancipada de la tradición teológica (y de la nueva metafísica de la dignidad humana) permite una gran ductilidad tanto al categorizar la naturaleza del cuerpo que, como hemos visto, puede ser una persona, una cosa simple o una cosa protegida específicamente cuanto al calificar la relación que el individuo tiene con su propio cuerpo y con sus relaciones familiares. No puede ser la necesidad terapéutica, como lo establece el derecho francés, lo que justifica el acceso a las TRHA sino la voluntad individual y el proyecto parental responsable, como lo instituye el derecho argentino, pero, más allá de este, no podemos descartar por principio que la patrimonialidad y el anonimato constituyen dogmas de fe. Lo importante es proteger y tutelar del modo más justo los intereses en juego y si para ello es necesario contar con el mercado, es mejor regularlo que ignorarlo. La gestación subrogada puede así ser organizada como un servicio privado, como sucede en los Estados Unidos, o como un servicio público en el que el Estado organiza el acceso a todos los recursos susceptibles de garantizar la libertad procreativa. Como nota Ronald Dworkin en su libro *Life's Dominion* (1993), dicha libertad es el equivalente político de la libertad de conciencia: procrear o no procrear, hacerlo para sí o par otro constituye una decisión íntima y personal en la que la sociedad (y por ende el derecho) no puede intervenir, pues recae en cada individuo la interpretación de tal libertad.

En una democracia liberal, quien decide, in fine, de sí mismo no puede ser otro que el individuo libre e informado. Ninguna parte de él puede estar exenta de tal principio. Dicho de otro modo, la humanidad no puede oponersele como argumento para limitar su libertad, pues nadie sabe mejor que el individuo lo que es bueno para él.

(1) Profesor de Derecho Privado en la Universidad de París-Nanterre e investigador en el CERSA (Centre d'Études en Sciences Administrative et Politique) de la Universidad de París II/CNRS.

(2) BORRILLO, Daniel, "El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico", *Reis, Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nro. 68, oct./dic. 1994, Madrid, ps. 211/222.

(3) LEMENNICIER, B., "Le corps humain: propriété de l'État ou propriété de soi?", *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, nro. 13, "Biologie, personne et droit", 1991, ps. 111 y ss.

(4) BORRILLO, Daniel, "Bioéthique à la française et paternalisme d'Etat", *Raison Publique, Presses Universitaires de Rennes*, Rennes, 2012.

(5) Pienso en los contratos de conservación del cordón umbilical propuestos por empresas privadas a los padres para que puedan conservar las células tronco del recién nacido.

(6) El art. L611-18 del Código de la Propiedad Industrial reza: "el cuerpo humano, en sus diferentes estadios de constitución y desarrollo, así como el descubrimiento de alguno de sus elementos, inclusive la secuencia total o parcial de un gen no pueden constituir invenciones patentables...".

(7) Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 16/09/2010.

(8) A condición de indicar claramente la función de la secuencia, el carácter novedoso y la aplicación industrial. La simple secuencia de un gen no es patentable.

(9) Hay que señalar, asimismo, que la auto-conservación de óvulos está prohibida en Francia.

(10) "PMA: alerte sur la pénurie de dons d'ovocytes et de spermatozoïdes", *Le Figaro*, 03/11/2017.

(11) Cass., avis, 22 sept. 2014, nro. 14-70.006 et nro. 14-70.007, D. 2014. 1876, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

(12) TEDH, 26 junio de 2014, nro. 65192/11, "Mennesson v. France", y nro. 65941/11 "Labassée v. France", D. 2014. 1797.

(13) El fundamento médico de la legislación actual desaparecerá y será la voluntad procreadora la fuente de la filiación por TRHA, como en Argentina.

(14) Recordemos el célebre caso de John Moore, paciente de un hospital californiano, a quien se le extrajeron sus linfocitos infectados que fueron patentados, permitiendo a una empresa farmacéutica obtener altos beneficios. John Moore entabló una demanda en la que reclamaba una participación en la titularidad de la patente. En nombre de la dignidad humana, el Tribunal Supremo de California desestimó la reclamación y se le denegó el derecho de propiedad sobre sus tejidos orgánicos desechados, pero la empresa que los patentó obtuvo millones de dólares de beneficios... Este ejemplo demuestra cómo una noción de alto contenido moral termina desprotegiendo económicamente.

(15) LAMM, E., "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Ed. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.

(16) ROZÉE, V. - UNISA, S. - DE LA ROCHEBROCHARD, E., "La gestation pour autrui en Inde", *Population et Sociétés*, nro. 537, INED, París, octubre 2016; AUTIN, C., "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", en SCHAMPS, G. — SOSSON, J., *La gestation pour autrui: vers un encadrement*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2013.