

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PANORAMA ACTUAL Y TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA

 **Sergio A. Palacio**

 Universidad de la Plata

 Argentina

 sergioalbertopalacio@gmail.com

 <https://www.linkedin.com/in/sergio-palacio-8b0b4334/>

Surrogacy gestation: current panorama and jurisprudential trend in Argentina

Artículo de investigación

Recibido: 20 de septiembre de 2022

Aprobado: 1 de marzo de 2023



Obra bajo licencia

Creative Commons

Atribución-NoComercial-

SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

RESUMEN

Tal como quedó la redacción del Código Civil y Comercial Unificado, la ausencia de regulación de la gestación por sustitución generó la tendencia jurisprudencial a favor de la autorización de esta, que, aún con casos excepcionales como el mencionado, se va consolidando como línea rectora de la argumentación, el principio del interés superior del niño y la constelación de derechos de este que estas situaciones ameritan proteger. Resulta dudoso admitir que esta tendencia jurisprudencial subsane adecuadamente la falta de regulación. Es esperable tanto la decisión de la Corte Suprema como que, antes o después, se cristalice legislativamente alguno de los proyectos de ley que de tanto en tanto se presentan, a efectos de despejar dudas, uniformar criterios y regularizar estándares para una más adecuada protección de los derechos fundamentales. Mientras tanto, las decisiones judiciales deberán continuarse haciendo cargo de la situación. Constituye deber de los juristas asumir que el derecho no puede erigir y sustentar conceptos impasibles que desconozcan y se mantengan aislados de la evolución científica. En tanto la gestación por sustitución no tenga adecuada recepción y reglamentación en la legislación, los jueces continuarán situados en el centro de la escena.

PALABRAS CLAVE

Código Civil y Comercial Unificado (Argentina); derechos fundamentales; gestación subrogada; jurisprudencia.

ABSTRACT

As was the wording of the Unified Civil and Commercial Code, the absence of regulation of gestation by substitution, generated the jurisprudential tendency in favor of its authorization, which, even with exceptional cases such as the one mentioned, is consolidating as a guiding line of argumentation, the principle of the best interests of the child and the constellation of rights of the child that these situations deserve to protect. It is doubtful to admit that this jurisprudential tendency adequately corrects the lack of regulation. It is to be expected both the decision of the Supreme Court and that, sooner or later, some of the bills that are presented from time to time will crystallize legislatively, in order to clear up doubts, standardize criteria and regularize standards for a more adequate protection of fundamental rights. Meanwhile, judicial decisions should continue to take charge of the situation. It is the duty of jurists to assume that Law cannot erect and sustain impassive concepts that ignore and remain isolated from scientific evolution. And as long as surrogacy is not properly received and regulated by law, judges will continue to be at the center of the scene.

KEYWORDS

Fundamental rights; jurisprudence; surrogacy; Unified Civil and Commercial Code (Argentina).

PRESENTACIÓN Y MARCO

La cuestión en análisis presenta enorme complejidad. Independientemente de encontrarse contemplada en la legislación positiva o no, suscita debates. Principalmente entre quienes abogan por su incorporación jurídica de pleno derecho y quienes están francamente en contra. Ese debate engloba aspectos éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos.

Nuestra herencia jurídica nos aporta tradicionales ideas acerca de la imposibilidad de mercantilizar el cuerpo humano, limitando la libertad de disposición de las personas a este respecto¹. No obstante, una rápida mirada a la situación internacional evidencia que hay diferentes consideraciones en la legislación:

- a) países que consideran que *los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los sujetos que encargan la gestación por sustitución*, validándola. Allí se incluyen “Rusia (arts. 51-52 Código de Familia y art. 16 Ley del Estado civil), el Reino Unido (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), Escocia, State of California, Arkansas, North Dakota, Virginia, Nevada, Grecia (Ley de 19 diciembre 2002), Ucrania (art. 123 Código de Familia), Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, etc.” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 5)².
- b) países que consideran que *el nacido es hijo de la mujer que da a luz y no de los solicitantes*. Obviamente, en este caso, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno

1 Por caso el art. 56 del CC y CU establece que “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona”.

2 Debe aclararse que en la legislación británica no se admite directamente la filiación del nacido en relación con sus *“intended parents”*, sino que la Ley permite una “transferencia de paternidad” en favor de tales sujetos una vez producido el nacimiento.

derecho y carecen de efecto legal alguno. Aquí se encuentran Alemania, Noruega, Bulgaria, Quebec, Portugal, China, Italia, Francia, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y España.

c) países *cuyas legislaciones nada dicen, ni lo habilitan ni lo prohíben explícitamente*, entre los cuales se encuentra Argentina.

La disparidad jurídica se refleja también en Europa, en una investigación realizada por el Tribunal de Justicia europeo en los conocidos casos *Menesson* y *Labassee*, de la cual se desprende que:

- a) En 10 Estados no existe una regulación sobre el tema, o que estaría prohibido en virtud de disposiciones de carácter general, o no se tolera, o la cuestión de su legalidad es incierta: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.
- b) En 7 Estados la gestación por sustitución está permitida: Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia y Ucrania; primando en la mayoría de ellos la llamada “gestación por sustitución altruista” (que incluye la posibilidad de compensación), siendo posible la gestación por sustitución no onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania.
- c) En 4 Estados está tolerada: Bélgica, República Checa, y, posiblemente, Luxemburgo y Polonia.
- d) En 13 de los 35 Estados, es posible para los futuros padres obtener el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un niño nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero; ya sea por la transcripción directa de la sentencia extranjera o por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil o incluso también mediante la figura de la adopción: Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, el Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania.

- e) Este reconocimiento también sería viable en algunos Estados en los que, incluso, se prohíbe la gestación por sustitución como ser: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia (por lo menos en cuanto a la relación de padre e hijo cuando el padre es también el padre biológico, es decir, el que aportó el material genético), Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, posiblemente, Luxemburgo.
- f) Tal reconocimiento estaría excluido en los siguientes 11 Estados: Andorra, Alemania (excepto, quizás, cuando el padre de intención o de voluntad es también el padre biológico o el que prestó el material genético), Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía.

De este modo, se infiere que tanto la cuestión de la gestación por sustitución en general como el reconocimiento de los acuerdos de gestación celebrados en otros países observan un tratamiento jurídico dispar, en otras palabras, no hay uniformidad de criterio encontrándose las más diversas posturas legislativas³.

Esta diversidad legislativa, en un mundo globalizado como el actual, donde “la gestación de un hijo ya no es, necesariamente, el resultado de una relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer, que han decidido constituir una familia” (López Guzmán y Aparisi Mirales, 2012, p. 254) y, donde, por el contrario, “es evidente que han cambiado profundamente los parámetros fundamentales de esta realidad”, genera, entre otras cuestiones, el conocido “turismo reproductivo”.

O, sin llegar a ese extremo, la tentativa de la cristalización del genuino deseo de ser padres/madres por parte de quienes, por alguna

³ Mennesson c. France (n.º 65192/11) y Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014. Puede verse adicionalmente el comentario a dichos fallos de Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora. (2014). *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*. La Ley 02/07/2014 - LA LEY2014-D, 1165. Cita Online: AR/DOC/2285/2014.

imposibilidad no pueden serlo recurriendo a métodos y técnicas tradicionales o porque optan por familias monoparentales o porque el matrimonio que conforman es igualitario.

Una vez producidos los hechos, si no existe contención legislativa, queda a los jueces resolver las tensiones que se generan entre una cerrada defensa de la legalidad objetiva y del positivismo jurídico, y el resguardo de los derechos fundamentales, principalmente los del niño/a nacido o por nacer, con nacimientos que, en ocasiones, ni siquiera ocurren en el mismo país.

La internacionalización, la globalización (aún no definida de manera unívoca) y la diversidad legislativa en cuestiones (como la que aquí se analiza) que exhiben sus vasos comunicantes en las relaciones entre las diferentes sociedades, presenta grandes desafíos en la formación de abogados y jueces (Palacio, 2010, p. 230). Algunos fenómenos jurídicos se advierten, y deben impactar en las orientaciones y prácticas formativas de estos. “[...] algunos autores han notado una ‘cada vez más importante comunicación transjudicial’, ‘tráfico internacional de ideas’, ‘polinización de decisiones’” (Serna de la Garza, 2008)⁴.

Es previsible que los abogados y jueces serán empujados cada vez más para trabajar en situaciones en las cuales harán frente a la interpretación del derecho más allá de su acervo de conocimiento nacional y doméstico (Palacio, 2010, p. 230).

⁴ Ensayo derivado de ponencia presentada en la Conferencia Anual de la Barra de Abogados, México-Estados Unidos, el 7 de noviembre de 2008.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente trabajo analiza la situación de la gestación por sustitución en Argentina, abordando cuatro aspectos:

- a. La revisión de los antecedentes que han llevado a su falta de legislación y la suerte de la regulación proyectada.
- b. El examen de la regulación general del Código Civil y Comercial Unificado que ha sido puesto en vigencia en 2015, que finalmente no incluyó el instituto, y que sirve de esquema de análisis para los jueces que deben resolver los casos concretos.
- c. La exploración de las decisiones judiciales dictadas en los últimos años por diversos tribunales del país, que se producen para resolver los casos concretos.
- d. La verificación, a la luz de la revisión de sentencias de la acogida que ha tenido en estas, el principio del interés superior del niño (como el más digno de protección), a efectos de constatar si este se refleja directa o indirectamente, impactando en las decisiones judiciales.

ANTECEDENTES ARGENTINOS. DE LA CONTEMPLACIÓN EXPRESA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO A SU NO INCLUSIÓN

Desarrollo y concreción del proyecto

El Código Civil y Comercial de la Nación congrega las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina. Se promulgó en octubre de 2014 y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

Se convocó a más de un centenar de juristas y profesores de derecho de todo el país, quienes colaboraron en la redacción de los distintos capítulos del nuevo Código.

En el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional se hizo referencia a diversos aspectos comprendidos en la reforma, que se consideraban relevantes. Entre ellos, resaltó que “Otro aspecto relevante del proyecto es la gestación por sustitución; en la que el elemento central es la voluntad procreacional, expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. En estos casos, el juez interviniente en la homologación constatará que la gestante no haya recibido retribución alguna y que al menos uno de los comitentes haya aportado material genético”.

Asumida, en la exposición de motivos, la voluntad procreacional como elemento central, cabe considerar que esta “es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de Tratamiento de Reproducción Humana Asistida” (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, p. 283).

Ello desplaza a un lugar secundario el dato genético. “Es tan así que el art. 562 CC y C deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustancial es entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA”.

En síntesis, la voluntad procreacional constituye el acto volitivo de querer ser padre o madre sin perjuicio de la existencia de componentes genéticos propios. Sentado ese principio y congruentemente con él, el Proyecto enviado al Honorable Congreso de la Nación, establecía:

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Del artículo proyectado, se infiere fundamentalmente que:

- 1) Se legalizaba la gestación por sustitución;
- 2) El consentimiento debía ser homologado judicialmente;
- 3) Remitía aspectos reglamentarios al dictado de una ley especial;
- 4) El juez interviniente debía revisar el cumplimiento de determinados requisitos, *entre los cuales se priorizaba la evaluación del interés superior del niño que pudiera nacer.*

La Comisión redactora, expresó en la fundamentación del anteproyecto que la postura asumida se fundamentaba en diversas razones.

En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como ‘turismo reproductivo’); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición. El Anteproyecto permite la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización⁵.

La Comisión Bicameral y el procedimiento de audiencias públicas

Por Resolución del 4 de Julio de 2012 el Congreso aprobó la creación de una Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y

5 Ver *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 78.

Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de analizar el proyecto de Código remitido al Honorable Congreso de la Nación, por el Poder Ejecutivo nacional. Dada la trascendencia del Proyecto en estudio, la Comisión Bicameral decidió establecer un amplio mecanismo de consulta mediante la implementación de audiencias públicas.

Estas consistían en reuniones públicas, organizadas con la presencia de legisladores, y en las cuales podían hablar los oradores inscriptos, quienes disponían de 10 minutos para expresar sus apoyos, dudas y/u objeciones. Se realizaron un total de 31 audiencias públicas en todo el país. Ha sido relevante el resultado de estas para sellar el destino del proyecto.

Las reformas propuestas referidas a la gestación por sustitución habían sido rechazadas en un 89 %. Se esgrimieron diferentes argumentos:

a) Imposibilidad de controlar la gratuidad; b) posible explotación de las mujeres pobres; c) vulneración del interés superior del niño, e d) inmoralidad del contrato.

En el Congreso la mayoría votó por la no inclusión bajo el peligro “[...] de que pueda dar lugar a un mercado de vientres”, o que “Resultará difícil que el juzgador pueda apreciar si se ha tenido en mira el interés del niño que pueda nacer; también será una apreciación muy subjetiva que la gestante no haya recibido retribución por esa pauta. Por lo menos creemos que esto peca de ingenuo”⁶.

La diputada Giannettasio, quien a la sazón era la presidenta de la Comisión de Justicia, realizó un particular análisis. Consideró que la institución propuesta en el artículo 562 “[...] no está prohibida en

6 Dip. Gil Lavedra y Sen. Bertol.

la norma ni en el anteproyecto ni en el proyecto es una posibilidad que existe; como no está prohibida puede entenderse que se da”. Y propuso que se agregara al texto una redacción similar “[...] como la que usamos para evitar el tráfico de órganos”. Ello con el objetivo de prevenir que el sistema “[...] pueda convertirse en un nuevo sistema de trata de personas”.

Defendió la propuesta al argumentar que los límites establecidos en la Ley para el caso de trasplantes de órganos (entre vivos) había posibilitado que no hubiera habido denuncias de ese tipo y debía conferírsele “[...] al juez las facultades que permitan llegar al total convencimiento de que el acto es libre, y esto le permite utilizar todos los medios de prueba”.

Si bien no se aprobó el Proyecto, sí se aprobaron otras cuestiones esenciales.

En primer lugar, en el art. 558 se incluyó como una tercera fuente filial a las técnicas de reproducción humana asistida. Si bien en el Código anterior solamente se regulaban dos (naturaleza y adopción), debemos aclarar que por la Ley 26.862 del 5 de junio de 2013 se había garantizado el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, previendo la norma una amplia cobertura de salud. La Ley entendió por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

El Código nuevo recoge lo legislado y lo incorpora en la sistemática. Por ello, el art. 559 prevé que los certificados de nacimiento no deben detallar si la persona ha nacido o no por técnicas y el art. 560 agrega la necesidad del consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas.

Correlativamente, resulta de aplicación la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, específicamente el art. 5º que regula la definición y los alcances del consentimiento informado⁷.

Si bien el art. 562 no fue aprobado como había sido propuesto, sí se aprobó la redacción que resulta congruente con el tratamiento dado en los artículos precedentes a las técnicas de reproducción humana asistida, y contiene la denominada “voluntad procreacional”.

Señala la redacción que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Como se menciona en el acápite Interpretación, en el comentario del referido artículo (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, 283), “El CC y C reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre [...] sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos”.

Como se ha citado anteriormente, “Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así

7 “Art. 5: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

que el art. 562 CC y C deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja”.

En esta redacción, el vínculo filial no se define por el hecho del parto y la identidad del recién nacido. El recién nacido queda jurídicamente vinculado a las consecuencias que el derecho establezca, para una genuina relación paterno- materno-filial.

Este planteo del nuevo Código resuelve las situaciones de las parejas del mismo sexo, donde, de otro modo, la cuestión de la determinación filial era muy compleja. Debe tenerse presente que con anterioridad al CC y CU, por la Ley 26.618 de 2010, se había reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo⁸. Lo cual fue incorporado en el Código en el art. 402.

La controversia en la revisión jurisprudencial

Luego de sancionado el Código y puesto en vigencia, sin la inclusión del artículo proyectado, pero contemplando la situación de la TRHA y la voluntad creacional, continuaron los debates al respecto de las soluciones posibles ante los casos concretos.

No solamente hablamos de casos del denominado “turismo reproductivo” —algunos muy conocidos por comprender a personas de trascendencia pública—, sino de casos intrafamiliares, donde, por ejemplo, una mujer gestó para su hermana (*Clarín*, 2014).

En 2015 informaba el diario *Clarín* que en la Clínica Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la

8 “Art. 2: El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Art. 42: Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo”.

capital, aseguraban no parar de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detallaba a *Clarín*, Sergio Pasqualini, director del centro (*Clarín*, 2015).

En meses inmediatos a la puesta en vigencia del Código, del 1 al 3 de octubre de 2015 se realizaron en Bahía Blanca las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ante la no procedencia del proyecto, resultaba esperable que el tema se abordara en estas, por lo cual se presentaron varias ponencias⁹. En dichas Jornadas se concluyó por unanimidad que: “1. Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida” (Duprat, p. 9).

La jurisprudencia posterior a la promulgación del Código

Como suele ocurrir, la vida real se filtra en los pasillos de los tribunales y fueron planteándose innumerables casos, requiriendo la decisión de los jueces. En el Código actual los jueces tienen la obligación de decidir y fundamentar sus decisiones “razonablemente”.

Es así como paulatinamente se fue asumiendo la idea de que el conflicto familiar exige una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que, si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos, fundamentalmente del interés superior del niño.

En este tipo de casos se consideró que no se trata de prescindir de la ley, sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia

9 Estas pueden consultarse en <https://jndcbahiablanca2015.com>

las razones de conciencia y de convencimiento personal del juez. Una suerte de justicia mixta de equidad y ley, que nunca defraudará las aspiraciones de la ley —expresaba Couture— si el magistrado coloca por encima del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera¹⁰.

Asimismo, y en la línea de lo sostenido por algunos legisladores en el debate, algunos jueces interpretaron que la carencia de legislación no debe interpretarse como la existencia de una “prohibición” efectiva sobre la práctica, ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de “prohibidas” o “ilegales” las circunstancias no receptadas expresamente por aquel [...]. Adoptar esta postura llevaría al imposible de pensar en la necesidad de un ordenamiento normativo capaz de tipificar expresamente todas las circunstancias de hecho posibles, dado que si algo no estuviese regulado no sería legal, considerando que la materia es judicial.

La casi totalidad de casos resueltos en sede judicial, hicieron lugar a la gestación por sustitución, salvo algunas excepciones.

Cuestiones relevantes. Principales aspectos reseñados en los fallos

Como señalamos, cuando la realidad se presenta en los tribunales, tienen la obligación de decidir. Y no decidir de cualquier manera, sino razonablemente¹¹. Los jueces se hallan, en referencia a la cuestión, en un escenario complejo. Por un lado, tienen la obligación de decidir, no pueden excusarse o rehuir el asunto. Por otro lado, la realidad se cuela por aquellas lagunas que los legisladores, por temor, inoportunidad, convicciones dispares o múltiples cuestiones, no abordan. Esa realidad no aguarda las normas, se erige con independencia de estas.

10 Ello es coincidente con lo establecido en el art. 35 del Código Iberoamericano de Ética Judicial: “El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho”.

11 CC y CU Artículo 3º. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Asimismo, en el caso, cuentan con un proyecto trunco, pero con líneas doctrinarias que lo impulsaban, por lo cual pueden fluctuar entre la restricción o la amplitud en la tutela.

a.1. Los fallos que acogieron favorablemente las pretensiones se han referido en los fundamentos a los aspectos que estaban reglados en el proyecto. Algunos citándolos de manera expresa a modo de guía doctrinaria, otros haciéndose cargo materialmente de los aspectos planteados como requisitos.

a.2. En todos los casos se señaló la importancia decisiva de la intervención judicial y el deber de examinar cuidadosamente los extremos.

a.3. En la totalidad de los casos ha habido preocupación puntual por la acreditación y reverificación en sede judicial del consentimiento informado, pleno y libre de las mujeres gestantes.

Asimismo, se ha tratado de verificar que la gestante tuviera plena capacidad, buena salud física y psíquica, mediante informes médicos, pruebas periciales y, en algunos casos, la intervención de gabinetes interdisciplinarios. También se ha procurado acreditar dicho extremo, mediante declaraciones ante el juez interviniente.

a.4. Especialmente se ha hecho hincapié en la falta de retribución¹².

a.5. Entre otras cuestiones, se verificó que la gestante hubiera dado a luz, al menos, un hijo propio. En algunos casos, incluso, se hizo referencia a la opinión de los demás hijos.

En general, los fallos con un criterio amplio a favor de tutelar el derecho *guardan correlación en los elementos tenidos presente y en sus*

12 Dejando a salvo la opinión de un juez interviniente, quien no obstante autorizar una gestación gratuita dejó firme su opinión en el sentido de no considerar equitativo que la mujer gestante no percibiera una contraprestación, dado que todos los demás intervinientes (establecimiento de salud, médicos, etc.) sí la percibían.

consideraciones, con los lineamientos y requisitos de procedencia planteados en el proyecto de Código, aunque ese artículo no haya sido aprobado.

Asimismo, debemos recordar que, como se mencionara precedentemente, los principales aspectos sobre los cuales los ponentes en las audiencias públicas habían basado sus objeciones, se sintetizan en: a) Imposibilidad de controlar la gratuidad, b) posible explotación de las mujeres pobres, c) vulneración del interés superior del niño y d) inmoralidad del contrato.

b.1. En general, si bien los fallos favorables, no se ocupan de contestar dichas objeciones expresamente, lo cierto es que su análisis evidencia que abordan las cuestiones.

b.2. En el caso de la gratuidad, si bien un juez dejó a salvo su opinión a favor de la onerosidad, los demás han examinado que la práctica se realice gratuitamente.

Acerca de si el control jurisdiccional es suficiente para aventar dudas, resulta una cuestión opinable¹³.

No todo en el mundo es dinero, y bien puede haber conductas genuinamente altruistas. Desde el punto de vista de la bioética jurídica, se ha sostenido que “Dignidad ética de la persona, libertad, solidaridad, integridad (del paciente y del donante) que, presentes en el caso, constituyen puntos de vista normativos ideales para el derecho. Son valores que importan al derecho, que este puede y debe plasmar y, llegado el caso, propiciar y enaltecer” (Tinant, 2014)¹⁴.

¹³ Pero sí podemos mencionar, que en el caso de la denominada Ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos n.º 24.193, no obstante que, para evitar el comercio de órganos y la onerosidad, en el caso de las donaciones entre vivos se establecieron taxativamente relaciones ‘tasadas’ para admitirlas, con el tiempo la intervención de los jueces ha ido autorizando donaciones entre personas que se encuentran por fuera de dichas relaciones atendiendo a la finalidad de la ley. En dichos casos, resulta por demás necesario, realizar un examen sobre la existencia de la gratuidad.

¹⁴ En el mismo sentido, y realizando una analogía entre donante/receptor y gestante/comitente, puede verse José Alberto Mainetti, José María Tau y José Luis Mainetti, “Donación de órganos y cuerpo político”, Revista de medicina y bioética *Quirón*, pp. 53-60, ed. Quirón, La Plata, 2007, “con la novedad que significó la introducción de un tercero necesario en la tradicional relación médico-paciente —el donante, como persona y como sociedad—, la moralidad transplantológica ha servido

b.3. Al respecto de la posible explotación de las mujeres pobres, los jueces intervinientes han verificado por diversos medios probatorios las condiciones socioambientales de las mujeres gestantes. *Prima facie* no se advierte situación de vulnerabilidad por parte de estas. El único caso que constituye una excepción es el de una niña concebida en Mumbai, India, donde los jueces argentinos solamente podían verificar la procedencia de la inscripción en Argentina, sin mensurar fácticamente las condiciones de la mujer gestante, dado que en ese momento el ordenamiento jurídico de dicho país consideraba legal la práctica, asignando la paternidad a los comitentes, aunque desde 2016 se ha restringido a ciudadanos de nacionalidad india¹⁵.

b.4. Respecto de la inmoralidad del contrato, el concepto abordado en los fallos analizados estriba y asocia su moralidad a la gratuidad. Se ha considerado que proceden si se celebran en forma gratuita fundamentados en el principio de solidaridad familiar o afectiva por lo que, de acreditarse dicha circunstancia, no pueden tacharse de inmoral.

b.5. Otra cuestión que hemos reseñado en las observaciones generales radica en que la filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la

de ejemplo emblemático en la aplicación del modelo bioético de los principios. En el trasplante inter vivos, la no-maleficencia y la beneficencia signan respectivamente para donante y receptor la proporcionalidad entre daño y beneficio [...]. La autonomía de la persona se expresa como facultad ejercida bajo condiciones que dentro del ordenamiento jurídico enmarcan el derecho a disponer del propio cuerpo, acto unilateral de voluntad del dador entendido como una donación, algo no moralmente ni legalmente debido. Ello evidencia el valor moral y la gratificación espiritual que implica el generoso acto de donación entre vivos [...]. Igualmente, que ningún ordenamiento jurídico puede legítimamente impedir el ejercicio de la facultad de disponer del propio cuerpo en tales casos. Se trata de conjugar esa facultad, siempre supererogatoria, con el derecho-deber de cuidar la propia salud, la tutela efectiva del principio de integridad y la necesidad de proteger a las personas vulnerables. En suma, de preservar la dignidad y la autonomía de la persona”.

15 Debido a que, y tal como se expresa en la exposición de motivos, “India se ha convertido en un centro de gestación subrogada para parejas de diferentes países en los últimos tiempos. Se han reportado incidentes de prácticas no éticas, explotación de madres sustitutas, abandono de niños nacidos de gestación subrogada e importación de embriones humanos y gametos. La condena generalizada de la subrogación comercial en la India ha sido regularmente reflejada en diferentes medios impresos y electrónicos durante los últimos años. La Comisión de Derecho de India, en su 228 informe, también recomendó la prohibición de la subrogación comercial para promulgar una legislación adecuada. Debido a la falta de legislación para regular la gestación subrogada, la práctica de la subrogación ha sido mal utilizada por las clínicas de gestación subrogada, lo que conduce a una gran cantidad de subrogación y prácticas poco éticas en dicha área de gestación subrogada”, se dictó en 2016 la *Bill 257 The Surrogacy Regulation*, que se extiende a toda la India excepto al Estado de Jammu y Cachemira, la que en su cláusula 4, ap. C (II), establece que, para acceder a la práctica, la pareja debe estar casada durante al menos cinco años y deben ser ciudadanos indios.

prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Se interpretaba *a priori* que el niño quedaba restringido a conocer solamente la identidad de los comitentes, que eran quienes habían manifestado la voluntad procreacional.

Todos los fallos han establecido la obligación, la exhortación y/o instar a los comitentes a poner en conocimiento del menor el origen gestacional, incluso ordenando a los establecimientos médicos la preservación de la documentación. Dichas disposiciones han sido fundadas en el derecho del niño a la identidad.

c. Los fallos y el interés superior del niño:

El proyecto contemplaba expresamente que el juez debía homologar el acuerdo solo si, además de los requisitos que previera la ley especial, se acreditara que se hubiera tenido en miras el interés superior del niño que pudiera nacer. La cuestión ocupaba un lugar central en la ponderación que el juez debía realizar. Los fallos reseñados hacen especial referencia a la cuestión.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance otorgado a ese principio? Este no es un tema menor, dado que, si se observan las objeciones realizadas por los ponentes en las audiencias públicas, el principio se ha utilizado, asimismo, como argumento para la denegatoria de la posibilidad de la práctica médica.

c.1. En general los fallos se han remitido, por imperio del control de convencionalidad, a las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c.2. Correlativa, y cronológicamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reafirmado que el “Poder Judicial debe

ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007).

c.3. En el caso *Yean y Bosico*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado los alcances del concepto y señalado que "*La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*" (Corte IDH, 2005, párr. 133).

c.4. Para aclarar este concepto, la Corte IDH se remitió a la Opinión Consultiva 17/02 (Corte IDH, 2002, párrs. 56-60), en la cual se había explayado con más precisión. En tal sentido, señaló que "*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*". Remitió allí al principio establecido en el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en cuanto establece que "*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Señaló a continuación que “[...] la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

c.5. Remitió aquí al art. 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en cuanto había establecido que “El *interés superior del niño* debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, como así también al Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto, en cuanto señala que “El *interés superior del niño* deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo”.

c.6. En los casos de las autorizaciones previas al nacimiento, puede suponerse abstracto considerar cuál será el “superior interés”, y por ello la doctrina ha tratado de esclarecer dicha suposición: “el niño no estaría en el mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método, recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)” (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, 2012) y de ello se han hecho eco algunos fallos revisados.

c.7. Como toda descripción de principio, el concepto “interés superior del niño” encierra una intencionalidad de justicia en la tarea a resolver por el juez. En general, los fallos analizados, asumen esa intencionalidad, mediante una argumentación

“principalista”, mediante la invocación de un principio que forma parte del derecho vigente y que goza de capacidad justificatoria.

c.8. Los jueces intervinientes han respaldado en general sus conclusiones en el principio del interés superior del niño, pero concretizándolo mediante la articulación con otros derechos concretos que se plantean en la Convención.

Lo han entendido (en línea con las premisas enunciadas en el caso Yean y Bosico) como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores y, adicionalmente, como garantía del desarrollo de sus oportunidades y potencialidades.

Los fallos indistintamente, y de acuerdo con las condiciones de cada caso concreto, refieren la necesidad de garantizar:

- 1) El derecho a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y a adquirir una nacionalidad conforme al art. 7, ap. 1, de la Convención. Entendida su importancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos.
- 2) Correlativamente con el derecho a su identidad y, consecuentemente, el derecho al respeto a la vida privada del niño. En uno de los fallos analizados, el juez interviniente se expidió en el mismo sentido que —y citando los precedentes *Mennesson*, *Labassee* y *Foulón y Bouvet c. Francia*— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶.
- 3) El derecho a la familia. Por el art. 8 los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares.

¹⁶ *Mennesson* (demanda 65192/11), *Labassee* (demanda 65941/11) y *Foulón y Bouvet c. Francia*, (demandas 9063/14 y 10410/14). En esos casos, entendió, en líneas generales, que Francia violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada. Además, dicho Tribunal entendió que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluida su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se aseveró que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños.

- 4) El derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, conforme el art. 27 de la Convención.
- 5) El derecho a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar conforme el art. 3, ap. 2, de la Convención.

Entre todos los casos analizados destacamos la excepción denegatoria. En un caso, habiendo sido autorizada en primera instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (por mayoría) revocó la sentencia, considerando que la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma y, por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN, no pudiendo avalar que, ante la inexistencia de prohibición alguna, por el solo acuerdo de las partes, se pueda pactar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres.

Este caso reviste particular importancia, porque al ser denegatorio se encuentra apelado y a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En un sistema como el argentino (sin Tribunal Constitucional), lo que la Corte decida concretará el criterio definitivo.

CONCLUSIONES

- a. En los casos analizados, el principio del interés superior del niño se encuentra claramente recepcionado y, en general, constituye la línea rectora de la argumentación, en derredor del cual se articula la constelación de derechos del niño que estas situaciones ameritan proteger.
- b. Tal como quedó la redacción del CC y CU, la ausencia de regulación de la gestación por sustitución generó la tendencia

jurisprudencial a favor de la autorización de esta, que, aún con casos excepcionales, se va consolidando.

- c. Resulta dudoso admitir que esta tendencia jurisprudencial subsane adecuadamente la falta de regulación. Lo esperable es que, antes o después, se cristalice legislativamente alguno de los proyectos de ley que de tanto en tanto se presentan, a efectos de despejar dudas, uniformar criterios y regularizar estándares para una más adecuada protección de los Derechos fundamentales y, fundamentalmente, en la preservación del principio del interés superior del niño.
- d. En tanto, los jueces deberán haciéndose cargo de la situación y hacer lo posible para respetar ese principio. Como ha señalado Dworkin “Este es el derecho para el juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones; este derecho más puro está definido por la integridad. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justificación del actual derecho”.

Lo expresado resulta coincidente con el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en cuanto plantea que el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho. El juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento. En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad (arts. 34 a 38).

- e. Por otro lado, hay que asumir que el Derecho no puede erigir y sustentar conceptos impasibles que desconozcan y se mantengan aislados de la evolución científica. En tanto la gestación por sustitución no tenga adecuada recepción y reglamentación en la legislación, los jueces continuarán situados en el centro de la escena.

REFERENCIAS

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Accursio Dip Blog*. <http://accursio.com/blog/>

Clarín (19 de octubre de 2014). Amor de hermanas: una no podía ser mamá y la otra le prestó el útero. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/alquiler_de_ventre_0_SJdZat_qvXI.html

Corte IDH (28 de agosto de 2002). Opinión Consultiva OC-17/2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 56-60.

Corte IDH (2005). Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 133.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007). Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; M.2334.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, y M.2335.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 de julio de 2007, Argentina.

Duprat, C. (s. f.). Gestación por sustitución en Argentina: cuando la realidad impone dar respuestas. *Rev. Estilo Caja*, pág. 9.

Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo 2. Buenos Aires: Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gioberchio, G. (20 de junio de 2015). Por primera vez en el país, dos hombres tuvieron un hijo con un vientre prestado. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-ventre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXI.html

Herrera, M., Lamm, E. (2014). *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*. La Ley 02/07/2014 - LA LEY 2014-D, 1165. Cita online: AR/DOC/2285/2014

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. (2012). *Regulación de la gestación por sustitución*. LL T 2012- E, Sec. Doct.

López Guzmán, J., Aparisi Mirales, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, *Cuadernos de Bioética XXIII*, 2012/2.^a, p. 254.

Palacio, S. (2010). *Pedagogía jurídica*. Buenos Aires: Ed. FACA.

Serna de la Garza, J. M. (2008). Globalization and legal education: a view from México. En Sergio Palacio, *Pedagogía jurídica*. Buenos Aires: Ed. FACA.

Tinant, E. L. (4 de agosto de 2014). *La virtud de la amistad y su valor ético en la donación de órganos entre personas vivas*. SEDICI. ■