

**LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
EN LA CONSTRUCCION JURISPRUDENCIAL DE LA GESTACION POR
SUSTITUCION EN ARGENTINA¹**

**THE IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD
IN THE SENTENCES OF SURROGACY IN ARGENTINA**

*Lucía Hipatía Parodi**

Resumen: En este trabajo analizamos la aplicación e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño – específicamente el principio del interés superior- en la jurisprudencia argentina sobre gestación por sustitución. A tal fin examinamos los fallos de distintos tribunales del país en la materia de 2013 a 2018 y damos cuenta que el principio del interés superior del niño consagrado en la normativa internacional ha sido uno de los principales argumentos para hacer lugar a una práctica que no está regulada en nuestro país.

Palabras Clave: Derechos Humanos - Convención sobre los Derechos del Niño – Interés Superior - Gestación por sustitución - Jurisprudencia

Summary: This paper proposes to analyze the application and interpretation of the Convention on the Rights of the Child - specifically the principle of best interests - in Argentine jurisprudence on gestational surrogacy. For this purpose, we review sentences from different courts of the country from 2013 to 2018 and found that the principle of the best interests of the child is the main argument for authorizing a practice that is not regulated in Argentine law.

Key words: Human's Rights; Convention on the Rights of the Child; Best interests of the child; Gestational Surrogacy; Jurisprudence.

¹ Artículo recibido el 13 de diciembre de 2019 y aprobado para su publicación el 10 de febrero de 2020.

* Abogada (UNC). Profesora de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho (UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Maestrando en relaciones internacionales (CEA-UNC). Becaria Interna Doctoral del CONICET.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho internacional y derecho interno es una temática tan clásica como actual cuyo abordaje permite dar cuenta del ímpetu que han adquirido las normas internacionales en los escenarios domésticos. Su estudio nos permite afirmar no sólo que nuestros tribunales aplican el Derecho internacional en sus sentencias sino que éste se ha convertido en un eficaz instrumento que impulsa importantes reformas normativas en el sistema jurídico nacional².

En el marco de una realidad dinámica y heterogénea, la aparición y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) no sólo ha dado lugar a transformaciones sustantivas en la legislación familiar argentina, sino que ha tornado imperioso repensar nuevas y necesarias regulaciones que encuentran sustento jurídico en principios emanados del derecho internacional e incorporados al ordenamiento interno con la más alta jerarquía normativa.

La “gestación por sustitución”³ se encuadra dentro de las denominadas TRHA. Esta práctica ha producido un verdadero quiebre del paradigma filiatorio al disociar el hecho del nacimiento del vínculo biológico con la gestante. Como reconoce la Dra. Eleonora Lamm “estas técnicas separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad”⁴

² Véase DRNAS DE CLÉMENT, Z Y SARTORI, M. *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Ed. Lerner, Córdoba, 2010. En este texto las autoras dan cuenta de estas características del Derecho Internacional que han sido corroboradas en el presente trabajo.

³ Con claridad prístina la Dra. Eleonora Lamm explica que si bien se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, (maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes) se inclina por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético. LAMM, E. “Gestational Surrogacy - Reality and Law”. InDret, Vol. 3, 2012. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2147769>. En idéntico sentido, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, sostiene que “la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobar a todas las posibilidades que brinda el instituto. Según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta (y sólo se gesta) para otro y por otro que no puede hacerlo. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Revista Derecho Privado*. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, 2012, p. 3.

⁴ LAMM, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.” *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012, p. 76.

cuestionando principios que considerábamos inalterables y generando un conjunto de cuestionamientos ético-jurídicos que determinaron su no regulación en el derecho argentino⁵. En este contexto ha sido la jurisprudencia la encargada de llenar el vacío legal dando respuesta a los casos particulares que oportuna y reiteradamente se fueron presentado ante distintos órganos judiciales.

Luego del análisis el conjunto de los fallos⁶ sobre gestación por sustitución dictaminados durante el periodo 2013-2018 comprobamos una notable aplicación de normas y principios de derecho internacional que permiten dar respuestas ante el silencio del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, la justicia argentina viene emitiendo una cantidad creciente de sentencias en las cuales reconoce la práctica haciendo específica aplicación del principio del interés superior del niño (en adelante, ISN) establecido en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

La incorporación de este tratado de derechos humanos que protege la infancia al bloque de constitucionalidad y el desarrollo del principio del ISN como eje central e insoslayable de toda decisión pública relativa al tratamiento de la niñez ampliaron considerablemente el reconocimiento de derechos en materia filiatoria. La redacción de la norma del artículo 3.1 de la CDN otorga una amplitud interpretativa del ISN que ha permitido incorporarlo en la jurisprudencia nacional sobre gestación por sustitución como criterio fundamental para guiar las decisiones de los tribunales.

II. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN E INTEPRETACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL

⁵ En este sentido la Dra. Silvana Chiapero ha afirmado que “*el enfoque sobre la licitud moral de las técnicas de procreación asistida oscila según la dialéctica que utilicemos; es decir, entre la postura naturalista conservadora y la cultural o progresista. La primera parte de considerar al hombre como una unidad sustancial (cuerpo y espíritu) de suerte que toda disociación del elemento generativo y del elemento unitivo es, para esta concepción, una operación contra las leyes naturales. Esta posición postula la inalterabilidad de los principios morales, por lo que el hombre no podría modificar el orden establecido, no podría infringir sus reglas, las que deberán cumplirse inexorablemente, polo que cualquier desvío en su proceder, mediante el recurso de la ciencia o de la técnica, tornaría artificial el decurso natural de los acontecimientos preestablecidos (...)* En sentido contrario y como réplica a la postura naturalista conservadora, se ha esgrimido que está excesivamente biologizada, dado que la naturaleza per se no impone un límite infranqueable para la acción humana. Para sus sostenedores, si existe una razón suficiente, es legítimo prescindir de las vías físicas y naturales (...)”. CHIAPERO, S. *Maternidad Subrogada*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p.57.

⁶ Véase en la bibliografía adjunta a este trabajo los autos de los fallos analizados.

La Constitución de la Nación Argentina (en adelante, CN) regula la incorporación y jerarquía de las fuentes internacionales principalmente en los artículos 27⁷, 31⁸, 75 inc. 22 y 24⁹ y 99 inc.11¹⁰. De esta normativa surge un principio general según el cual los tratados se sitúan por debajo de la CN con una jerarquía superior a las leyes. La única excepción a este principio de infraconstitucionalidad está dada por el reconocimiento como parte del bloque de constitucionalidad de los instrumentos de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 y aquellos que puedan ir incorporándose por el especial procedimiento allí establecido¹¹.

En palabras del Dr. Sommer¹² del contenido de estas normas constitucionales se deduce que el sistema legal nacional opta por la directa aplicación de las normas internacionales en

⁷ Artículo 27: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

⁸ Artículo 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación (...).

⁹ Artículo 75: Corresponde al Congreso:

Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Inciso 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros.

¹⁰ Artículo 99: El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inc. 11: Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

¹¹ BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2003.

¹² SOMMER, C. "Relaciones e interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Argentina" en ACOSTA LÓPEZ, J., ACOSTA ALBARADO, P., RIVAS RAMÍREZ, D. (Eds.) *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*.

el ámbito interno dado su carácter de fuente autónoma de derecho junto con la Constitución y las leyes de la Nación. Así, la ratificación de un tratado implica una obligación de cumplimiento por parte del Estado¹³ y su aplicabilidad en el derecho interno no depende de la existencia de una norma que reglamente los derechos por éste otorgados.

La idea kelseniana de un único sistema normativo en el cual la validez de cada norma depende de otra de mayor jerarquía hasta alcanzar una norma superior en la cúspide de la estructura representada en la máxima *pacta sunt servanda*, ha sido reafirmada en las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 y adoptada por la CSJN argentina en el Caso Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros de 1992¹⁴. Así, el modelo teórico monista en el cual los tratados adquieren una jerarquía superior a las leyes fue adquiriendo aceptación progresiva en la doctrina a partir de la reforma constitucional de 1994¹⁵ y es aplicado casi exclusivamente por los tribunales superiores e inferiores de nuestro país¹⁶.

En materia de reglas y criterios de interpretación¹⁷ de los términos y cláusulas de las normas internacionales nos centraremos en el Derecho positivo, específicamente en las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Allí se establece como regla general la interpretación “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (art. 31)¹⁸.

Bogotá: Universidad de la Sabana, Universidad Externado de Colombia, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017.

¹³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). Artículo 26: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. UN.Doc a/conf.39/27 (1969). Aprobada en Argentina por Ley 19.865 del 3 de octubre de 1972. Entró en vigor el 27 de enero de 1980.

¹⁴ DRNAS DE CLÉMENT, Z Y SARTORI, M. *Op. Cit.* p. 18

¹⁵ “*La Constitución Nacional de la República Argentina contiene una serie de disposiciones relativas a la relación Derecho internacional/Derecho interno. De modo expreso y directo reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes del Estado; tácitamente -de conformidad a interpretación de la CSJN- ha incorporado como norma superior al “Derecho de Gentes” y con ello a la costumbre internacional y los principios generales del derecho tal como son receptados por el Derecho internacional.*” DRNAS DE CLÉMENT, Z Y SARTORI, M. *Op. Cit.* p. 18

¹⁶ SOMMER, C. *Op. Cit.* p 227.

¹⁷ Entendemos la interpretación de los tratados como “*una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener*”. NOVAK TALAVERA, F. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *THÉMIS-Revista de Derecho* 63, 2013, p. 71.

¹⁸ La Corte Internacional de Justicia ha ratificado esta regla general de interpretación proveniente del derecho internacional consuetudinario y codificada en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969. Véase *Asunto sobre Diferencia territorial entre Libia y Chad*, C.I.J., *Recueil* 1994, pp. 21 y 22; *Asunto de las plataformas petrolíferas entre Irán y Estados Unidos*, C.I.J., *Recueil* 1996 (II), p. 812, par. 23; *Asunto de la Isla de Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia*, C.I.J., *Recueil* 1996, par.18; *Asunto LaGrand*, C.I.J., *Recueil* 2001, par. 99; *Asunto relativo a la soberanía sobre Palau Ligitan y Palau Sipadan*. C.I.J., *Recueil* 2002, p. 645, par.

Los principios de buena fe, de la primacía del texto y el requisito de tener en cuenta el objeto y fin del tratado deben conjugarse entre sí en la tarea de interpretación. Así mismo, debe tenerse en cuenta junto con el contexto, los instrumentos en donde pueda constar la interpretación auténtica del tratado y el entorno normativo del mismo (arts.31.2 y 31.3)¹⁹.

A esta regla general la Convención de 1969 añade medios complementarios de interpretación²⁰ entre los que se incluye los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Se insta acudir a ellos sólo a fin de “*confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable*” (art. 32)²¹. Deberá primar, entonces, la interpretación que resulte de la aplicación de la regla general si esta es precisa y su resultado es razonable o la que mejor concilie el resultado con ella.

III.MARCO JURÍDICO - NORMATIVO

El "interés superior del niño" no es un concepto nuevo en el derecho internacional. Se encuentra plasmado en diversos tratados²² y normas jurídicas nacionales que refuerzan su

37; *Asunto Avena y otros nacionales mejicanos*, C.I.J., *Recueil* 2004, p. 48, par. 83; *Consecuencias Jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, C.I.J., *Recueil* 2004, p. 174, par. 94; *Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio*, C.I.J., *Recueil* 2007, par. 160.

¹⁹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimotava Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

²⁰ Encontramos antecedentes de la utilización de estos medios complementarios en: *Asunto franco-heleno de los faros de Creta y Samos*, T.P.J.I., Serie A/B, n. 62; *Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad*, C.I.J., *Recueil* 1994; *Asuntos de las Acciones armadas fronterizas entre Nicaragua y Honduras*, C.I.J., *Recueil* 1988; *Asunto sobre ciertas tierras de fosfatos en Nauru*, C.I.J., *Recueil* 1992; *Asunto de la Isla de Kasikili/Sedudu*, C.I.J., *Recueil* 1999:1074-1075; *Asunto sobre la soberanía de Palay Litigan y Palau Sipadan*, C.I.J., *Recueil* 2002; *Asunto de la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, C.I.J., *Recueil* 2001; entre otros.

²¹ En este sentido la C.I.J. sostuvo que, aunque la interpretación debe basarse en el texto del tratado “*puede ser necesario a título complementario acudir a medios de interpretación tales como los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que el tratado ha sido concluido*”. *Asunto de la Diferencia fronteriza entre Libia y Chad*, C.I.J., *Recueil* 1994, p. 22.

²² Es posible afirmar que las normas de protección de la niñez están insertas en la mayoría de los instrumentos generales sobre derechos humanos. Entre ellas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador (arts. 15 y 16), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 y 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3, 9 y 35). Véase DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Conflicto entre el derecho subjetivo del padre biológico a la tenencia de su hija y el interés superior de la niña. Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs.

vigencia e importancia y representa uno de los principios cardinales en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes²³. En 1959 la Declaración de los Derechos del Niño²⁴ supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales que debían regir la infancia. Es este el primer instrumento que abrazó la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial²⁵ atendiendo siempre a “su interés superior”²⁶.

Treinta años después, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷ (en adelante CDN), proporcionando al sistema jurídico internacional una normativa exclusiva que realza las características de los niños como sujetos de derechos otorgándole un conjunto de derechos específicos para esta particular etapa de su vida. Su adopción provocó un verdadero cambio de paradigma en la forma de entender la infancia y la adolescencia, dejando de lado la perspectiva tutelar y dando paso a la protección integral de los derechos del niño. Esta nueva doctrina de la protección integral implicó abandonar una concepción de los “menores” como

Argentina” *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, V IV-2, Córdoba, 2013.

²³ Véase AGUILAR CAVALLO, G. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 6, núm. 1, Santiago, 2008, p. 226.

²⁴ Adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 mediante su resolución 1386 (XIV).

²⁵ La Declaración de los Derechos del Niño pone de manifiesto que la infancia es una etapa particularmente vulnerable en la vida del ser humano. Los niños, por sus especiales características, son merecedores de especial protección. Así lo sostiene en el Preámbulo que reza: “*Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.*”

²⁶ Principio II: “*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 la que se atenderá será el interés superior del niño.*”

Principio VII pár. 2º: “*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.*”

²⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 por resolución 44/25. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, conforme las disposiciones de su art. 49. Aprobada en Argentina por Ley N° 23.849 del 27 de setiembre de 1990. Este instrumento se destaca como el tratado de Derechos Humanos más ratificado a nivel mundial con 196, incluyendo todas las naciones de América Latina y el Caribe. Este amplio y generalizado reconocimiento del instrumento con la consecuente aceptación de su fuerza obligatoria constituye un importante indicio del carácter consuetudinario de las normas sobre los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Algunos autores incluso lo consideran, por esa razón, como un “principio general de derecho” en el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

objetos de tutela y protección segregativa, para dar lugar una idea de los niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho²⁸.

La CDN consagró de manera definitiva el interés superior del niño como un principio de carácter universal. Así, en su artículo 3.1 establece que: “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”²⁹. El mandato de la norma determina que todas las decisiones que afectan directa o indirectamente a la niñez deben necesariamente estar atravesadas por el ISN, el cual deberá ser una consideración primordial a atender³⁰. Este principio se ha convertido en un dogma de aplicación universal y casi todas las legislaciones del mundo han adoptado diferentes medidas para garantizar su aplicación y vigencia.

No es difícil notar de la lectura de la norma que este principio sustancial en toda toma de decisión atinente a los niños³¹ y sus derechos constituye concepto jurídico indeterminado, toda vez que la CDN no define o especifica su contenido, permitiendo que éste sea precisado en el momento de su aplicación³². De esta manera, el principio central y orientador de la CDN presenta una interesante complejidad, toda vez que su significado puede adquirir connotaciones distintas dependiendo de quién sea su intérprete. Ahora bien, no estamos ante un concepto vacío, sino que nos encontramos frente a una directriz que tiende a asegurar la

²⁸ BELOFF, M. “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En BELOFF, M.; CILLERO, M.; CORTÉS, J.; COUSO, J. (Eds.) *Justicia y Derechos del Niño*. N°1. UNICEF. Santiago de Chile, 1999.

Disponible en https://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

²⁹ La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

³⁰ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 18 y 19.

³¹ El artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño define “niño” a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

³² La Dra. Drnas de Clément ha sostenido que la formulación del art. 3.1 de la CDN establece un “principio”, toda vez que no define deber particular alguno ni enuncia reglas precisas de comportamiento. V. DRNAS DE CLÉMENT, Z. Ob.cit. p.8

efectividad de los derechos fundamentales de los niños, establecidos en la propia CDN. El principio del ISN es, entonces, un criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, y una garantía de la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, Delpiano Lira entiende que en virtud de dicho principio es posible diferenciar tres niveles: “1. como un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, 2. como una norma de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos en su aplicación a la niñez y 3. como un límite a la discrecionalidad del Estado y a los particulares en la elaboración de políticas públicas y decisiones que atañen a los niños”³³. En palabras de la Dra. Drnas de Clément el interés superior del niño implica una mirada infantocéntrica del derecho en virtud de la cual el interés del niño debe primar al momento de resolver cualquier cuestión que lo afecte³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en su opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reforzó la idea de la supremacía del interés superior del niño por sobre otros derechos. Así, se ocupa de dejar claro que éste es “*un principio regulador de la normativa de los derechos del niño fundado 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*”³⁵. Y agrega 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 (...)*”³⁶. Finalmente, en base a lo expuesto precedentemente, la CoIDH opina que “*la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser*

³³ DELPIANO LIRA, C. “Derecho e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Working Paper. Disponible en <http://www.lasil-sladi.org/webdav/site/lasil-sladi/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf>. Cit. en DRNAS DE CLEMENT, Z. Ob.cit. p. 8.

³⁴ DRNAS DE CLEMENT, Z. Ob.cit. p. 11.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 56.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 59.

*considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*³⁷.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)³⁸ ha entendido que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”³⁹. En el párrafo 6 de su Observación General N°14, dicho Comité hace un aporte fundamental y subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, pto 2 resolutorio.

³⁸ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

³⁹ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 4.

superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”⁴⁰.

En septiembre de 1990 el Congreso argentino sancionó la Ley N° 23.849, mediante la cual fue aprobada la CDN, ratificada posteriormente el 4 de diciembre de ese mismo año con algunas reservas y declaraciones⁴¹. A partir de ese momento quedó incorporado el principio del ISN a nuestro ordenamiento jurídico comenzando un proceso de adecuación de la legislación interna a los ideales de la doctrina de la protección integral establecida en la CDN que impone dejar definitivamente atrás la concepción de los niños como meros un sujetos pasivos de medidas de protección.

Luego de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia⁴² a la CDN, el principio del ISN como todos los derechos consagrados el tratado pasaron a obtener la máxima jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico ampliando considerablemente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el sistema legal argentino.

⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 6.

⁴¹ Ley N° 23.849. Artículo 2°: Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: "La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta. Con relación al artículo 1° de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable. Con relación al artículo 38 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

⁴² En palabras de Ma. Angélica Gelli, *“las condiciones de vigencia de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir con las respectivas reservas como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional”*. GELLI, MA. A. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 593.

Esta incorporación de la CDN al bloque constitucional argentino ha tenido un fuerte impacto en la conceptualización y regulación de las relaciones paterno filiales. La CDN reconoce a la persona al niño como sujeto de derecho. Los infantes son titulares de derechos fundamentales y que poseen capacidad de ejercicio con la única particularidad de que dicha capacidad depende de la evolución de sus facultades⁴³.

En este orden de ideas, en 2005 se sancionó la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes encargada de resguardar los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio argentino. La norma garantiza el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales, estableciendo que están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño⁴⁴.

En su artículo 3 la ley 26.061 hace referencia expresa al ISN, entendiendo a este como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Este principio rige en materia de patria potestad, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Y cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁴⁵.

La ley de protección integral fue la encargada de receptor en el ordenamiento interno el nuevo paradigma de la infancia establecido en la CDN. En ella se confirma al niño como sujeto de derecho con capacidad progresiva y con expresa posibilidad de ser escuchado debiendo su opinión ser tenida en cuenta al momento de decidir sobre su vida. Asimismo, este reconocimiento de la condición de sujetos de derecho impone la necesidad de sacarlos

⁴³ Principio de autonomía progresiva se desprende del artículo 5° de la CDN que establece que la autonomía del niño, niña o adolescente depende de la evolución de sus facultades, otorgando a los padre, tutores o guardadores la posibilidad de impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos. La autonomía del niño y el derecho de dirección y orientación de los padres tienen entre sí una relación inversamente proporcional. Es decir, a menor autonomía del menor, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del menor. V. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Universidad de Chile, 2da época. Año 14. N° 18, Santiago, 2018.

⁴⁴ Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Artículo 1.

⁴⁵ Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Artículo 3.

del reducido espacio jurídico al que fueran tradicionalmente confinados poniendo su superior interés como guía para el efectivo goce y disfrute de sus derechos.

IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida mediante la cual una mujer conviene con otra persona o pareja llevar adelante un embarazo de un embrión concebido in vitro⁴⁶. El niño nacido es entregado a quienes expresaron su intención de ser padres con el fin de tener solo, y exclusivamente, vínculo jurídico con estos últimos⁴⁷. Si bien es una práctica que ha crecido exponencialmente en los últimos años con el desarrollo de la fecundación in vitro, sus primeras manifestaciones datan de la década de los ochenta⁴⁸ y desde entonces han despertado opiniones de lo más diversas.

En nuestro país algunos autores se han manifestado en contra de esta figura entendiendo que el contrato de gestación por sustitución es nulo, de nulidad absoluta. Consideran a este acuerdo inmoral, opuesto a la dignidad del ser humano toda vez que las personas están fuera del comercio y no pueden bajo ningún concepto ser objeto de estas relaciones jurídicas. En este sentido, la Dra Chiapero manifiesta que: *“el contrato –de gestación por sustitución– debe considerarse nulo porque viola orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio y su contenido es inmoral porque desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas; es decir contraría la indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de las personas”* y agrega *“la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima por lo que contrato celebrado entre quien encarga al hijo y la madre*

⁴⁶ La práctica brinda un vasto abanico de posibilidades: una primera situación, denominada “subrogación total o completa” en la cual la mujer gestante no tiene un vínculo genético con el niño. En ese caso pueden usarse gametos de ambos padres comisionados; ambos gametos provenir de donantes o uno los padres proporciona un gameto y un donante el otro. Una segunda situación, denominada, “subrogación parcial”, la madre sustituta tiene un vínculo genético al proporcionar el ovocito. Ahora bien, ambos casos tienen la particularidad que la mujer gestante manifiesta su intención de renunciar al niño y son los comitentes quienes, en virtud de su voluntad procreacional, asumen la responsabilidad parental.

⁴⁷ TEITELBAUM, H. “El colapso del dogma mater semper certa est frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial”. *Revista Notarial* Año 2016/02. N°94. Disponible en <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Gestacion-por-sustitucion.-Teitelbaum-RNCba-94.pdf>

⁴⁸ En materia de antecedentes, la Dra. Chiapero menciona que en la década del 70 en California apareció un aviso en un periódico solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado con el fin de entregar el niño a la pareja. Luego en 1983 en Aberchider, Mary Stewart fue inseminada con un embrión del matrimonio Dod dando a luz al niño de la pareja de manera totalmente gratuita. CHIAPER, S. *Maternidad Subrogada*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 48.

*portadora se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad y atenta contra los principios del orden público (...)*⁴⁹.

Por su parte, un número no menos importante de doctrinarios se muestran a favor de la gestación por sustitución entendiendo a ésta como una válida manifestación del derecho a procrear. Estos autores entienden que la libertad reproductiva importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y el derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo. En este sentido, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros y se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para manifestar un postura a favor de la regulación y admisión de esta figura⁵⁰.

Cabe destacar que ambas posturas, a favor y contra de la gestación por sustitución han apelado al niño y sus derechos como argumentos para fundamentar sus respectivos puntos de vista. Aquí nuevamente la apertura del concepto del ISN ha permitido diferentes miradas según desde donde se lo focalice.

De esta manera, quienes se manifiestan en contra de la regulación de la gestación por sustitución resaltan posibles menoscabos en los derechos de los niños que nacen como consecuencia de esta práctica, toda vez que advierten posibles perjuicios psicológicos, como ser dificultades en el reconocimiento de varias figuras maternas y posible quiebre del vínculo materno filial que se establece durante la gestación. Asimismo, sostienen que recurrir a la gestación por sustitución importa cosificar al hijo al convertirlo en objeto de comercio atendiendo más a los intereses de los futuros padres que al ISN que por ley debe primar.

Por su parte, quienes adoptan una postura favorable a la implementación y regulación de la gestación por sustitución entienden que la misma no viola el ISN toda vez que éste nace en una familia que lo deseó y su existencia misma depende de haberse recurrido a la gestación por sustitución. Para quienes se enrolan en esta doctrina es el ISN el que exige la regularización de la práctica dotándola de un marco legal que proteja y brinde seguridad jurídica. El ISN nacido mediante la gestación por sustitución exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente⁵¹.

⁴⁹ CHIAPERO, S. Ob. cit. p.120.

⁵⁰ LAMM, E. Ob. cit. p. 8.

⁵¹ LAMM, E. Ob. cit. p. 10.

El derecho comparado muestra que en el exterior las cosas son tan debatidas como en Argentina y no existe una postura unánime sobre la regulación de la gestación por sustitución. En tanto varios Estados de EEUU o países como Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia autorizan esta técnica, ya sea a título gratuito o a cambio de contraprestación económica. Otros países adoptan un criterio absolutamente restrictivo y prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista, entre ellos podemos citar como ejemplos España, Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EEUU, Hong Kong, y también países como Arabia Saudí o Pakistán en que sus autoridades religiosas no lo autorizan. Finalmente, países más moderados con una postura intermedia como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá, se inclinan por su admisión altruista y con estrictos requisitos o condiciones. Ahora bien, debemos reconocer que tal como lo expresa Vilar González *“en el plano internacional, los países están tendiendo a regular dicha realidad a la que cada vez más personas están recurriendo, con la finalidad de aportar soluciones y proteger no sólo el interés superior del niño, sino también la situación y derechos de la madre gestante y de los padres comitentes ante todas las cuestiones, abusos y problemas que pueden surgir a lo largo del proceso”*⁵².

V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

El proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) introdujo numerosas transformaciones en materia de derechos reproductivos y en su primera versión del 2012 contemplaba la gestación por sustitución en el artículo 562⁵³. Sin embargo

⁵² VILAR GONZÁLEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014, p. 904.

⁵³ Artículo 562: 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 solo 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 (Subrayado propio)

en el debate del 27 de noviembre de 2013, el Senado de la Nación Argentina suprimió por completo la regulación del instituto no quedando incluida en la versión definitiva.

El artículo 562 del anteproyecto permitía la práctica de la gestación por sustitución previa autorización judicial y con alcance limitado toda vez que al menos uno de los comitentes debía aportar el material genético y se exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. El elemento volitivo junto a la prueba del nacimiento y la identidad del o los comitentes constituían los elementos necesarios a reunir para definir el emplazamiento.

El principio fundamental del ISN ocupaba un lugar primordial en la normativa, toda vez que la facultad que se concedía al juez de homologar el consentimiento informado tenía lugar si y sólo si quedaba acreditado que se había tenido en miras el ISN que pueda nacer, siendo esta una condición *sine qua non* para su homologación y por ende para el desarrollo de la práctica⁵⁴.

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC⁵⁵ se dejó claramente establecido que en materia de filiación imperaban los principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos entre los que se destacó el principio del ISN. En este sentido nuevamente se hizo énfasis en el ISN nacido mediante estas técnicas entendiendo que el mismo no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Asimismo, se consideró beneficioso contar con una regulación con pautas claras que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como a los niños nacidos de ellas⁵⁶.

En el contexto actual de no regulación, algunos autores han llegado a sostener que la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el CCyC toda vez que interpretan que la falta de mención de este procedimiento no implica prohibición⁵⁷. En tanto otros se adscriben a la letra de la ley que en virtud del artículo 565 CCyC mantiene intactos los antiguos preceptos romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y

⁵⁴ Véase nota N° 29.

⁵⁵ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

⁵⁶ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

⁵⁷ KRASNOW, A Y PITASNY, T “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial.” Ed. *Microjuris.com* Argentina, 2015. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/12/14/gestacion-por-sustitucion-e-identidad-su-recepcion-implicita-en-el-codigo-civil-y-comercial/>

mater semper certa est (la madre siempre es cierta) estableciendo el vínculo con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido. De esta manera, manifiestan que cualquier convención respecto a la sustitución de vientre es nula y la maternidad queda determinada por el hecho del parto.

VI. EL PRINCIPIO DEL ISN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN⁵⁸.

La falta de regulación sumado a la creciente demanda de estas prácticas y a la posibilidad de acceder a las mismas en el extranjero, ha dado lugar a una interesante jurisprudencia nacional que, con argumentos centrados en el ISN y la voluntad procreacional de los comitentes, se proyecta hacia la admisión de la gestación por sustitución⁵⁹. La amplitud de la casuística determina que legitimación de la práctica se ha dado tanto en casos en los cuales el embarazo estaba en curso y se solicita el establecimiento de la filiación del niño, como en autorizaciones y homologaciones de acuerdos previos⁶⁰.

⁵⁸ Dada la limitación en la extensión del presente trabajo desarrollaremos aquí a sólo algunos de los fallos analizados, teniendo presente que las líneas argumentales tienden a repetirse en los distintos precedentes jurisprudenciales de la materia.

⁵⁹ “(...) la luz de las decisiones judiciales existentes hasta la actualidad. Del total de 22 fallos, en todos se hizo lugar a la GS con excepción de dos oportunidades que comprometen a la misma pareja de varones que pasaron por dos procesos de GS, del primero del cual nacieron mellizos y del segundo un niño. Ambas situaciones contaron con la resolución favorable en primera instancia y después fue apelada por el asesor de menores, llegando el caso de los mellizos a la máxima instancia judicial del país, que aún sigue a estudio, presumiéndose que el segundo caso seguirá los mismos pasos”. HERRERA, M. “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”. *Revista de Antropología Social* 27(1), 353-380, 2018, p. 370.

⁶⁰ “Los primeros casos se centraban en acciones de impugnación de la maternidad y, por ende, la determinación de la maternidad lo había sido a favor de la gestante y ahí los comitentes, requirentes o quienes quieren ser padres, iniciaban una acción judicial para extinguir ese vínculo filial entre la gestante y el niño/a, para que la filiación quedara determinada por orden judicial a favor de quienes tenían y habían exteriorizado la VP. (...). Al tiempo se fueron ensayando otras vías judiciales como la declarativa de certeza o medidas autosatisfactivas con la misma finalidad: desplazar a la gestante como madre jurídica del niño/a nacido por GS. Ahora bien, las acciones más interesantes fueron aquellas que se plantearon en un estadio anterior al nacimiento del niño/a y ellas fueron de dos tipos: 1) acciones contra el Registro Civil esgrimidas durante el embarazo para que el niño/a cuando naciera no se inscribiera a nombre de la gestante sino de quienes expresaron su VP en el correspondiente CI; y 2) autorizaciones judiciales previas para que, precisamente, la justicia autorizara la técnica de GS y así, tanto la gestante como los requirentes tuvieran la consecuente tranquilidad de que cuando el niño/a naciera, la determinación filial se haría a favor de aquellos últimos. Más aún, que todo el proceso de GS, que implica de por sí un tratamiento –o varios– de FIV, sea llevado a cabo bajo la tranquilidad del conocimiento y la anuencia judicial. Estas peticiones de autorizaciones judiciales previas a la realización de la GS o, precisamente, para llevar adelante este procedimiento, han involucrado pedidos iniciados por parejas tanto de diverso como de igual sexo, admitiéndose el pedido correspondiente en todos los 5 casos que se han presentado en la jurisprudencia argentina hasta la actualidad”. HERRERA, M. Op. cit. p. 370.

El primer fallo en dar un tratamiento de fondo a la problemática en análisis corresponde al *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86*⁶¹ del 18 de junio de 2013, el cual sentó un valiosísimo precedente al resolver la inscripción de una niña nacida bajo la modalidad de gestación por sustitución como hija de la pareja comitente y aportante del material genético, imponiendo a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional⁶².

La línea argumental de este precedente gira en torno a los principios constitucionales y convencionales del ISN, el derecho a la identidad y la voluntad procreacional. El fundamento principal de la resolución radica en su total correspondencia con el principio del ISN definido en el caso como *“la máxima satisfacción del derecho a la identidad del niño en sentido amplio (conf. arts. 7° y 8° de la CDN y arts. 11 y cc. de la ley 26.081) y de su derecho a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (conf. Preámbulo de la CDN)”*⁶³.

En efecto, se resalta la obligación de los Estados parte de la CDN de garantizar el absoluto respecto del ISN en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen las instituciones públicas o privada (conf. art. 3 CDN). Se menciona, además, la Opinión Consultiva 17/2002 en la cual la CoIDH señaló al ISN *“como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) 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, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los*

⁶¹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento (18/06/2013). Cita Online: AR/JUR/23081/2013 MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

⁶² Haciendo expresa alusión al alcance del principio fundamental de ISN, la representante del Ministerio Fiscal expresó en su dictamen que si bien de acuerdo a la interpretación literal del texto del art. 242 del Código Civil, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada; esta afirmación no puede ser concluyente desde la óptica de los principios constitucionales en juego a la hora de definir la situación filial del nacido. El ISN deberá definirse en el caso como la máxima satisfacción del derecho a la identidad del niño en sentido amplio y de su derecho a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Así, de conformidad con lo dictaminado por la Representante del Ministerio Fiscal, la Jueza de 1° instancia María Bacigalupo de Girard resolvió autorizar la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los comitentes.

⁶³ Dictamen del Ministerio Fiscal. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento (18/06/2013). Cita Online: AR/JUR/23081/2013. MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”⁶⁴.

En aplicación del mismo principio del ISN el *Juzgado de Familia de Gualeguay*⁶⁵ hizo lugar a la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en persona de la actora de la maternidad matrimonial. El magistrado argumentó que, *“cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional es el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del ISN habido de tal gestación”⁶⁶*. Asimismo, enfatiza el carácter preeminente de ISN por encima de la voluntad procreacional, elemento central para la determinación de la filiación en los casos de TRHA⁶⁷, sosteniendo que *“si dicha conformidad no se presentara -esto es, si existiera arrepentimiento de la madre gestadora, cosa que no ocurrió en autos- la regla de la voluntad procreacional podrá ceder frente a la necesidad de garantizar precisamente el interés del niño en cuestión, elemento que resultará prioritario ante supuestos intereses de adultos al momento de resolverse cuestiones en derecho de Familia (...)”⁶⁸*. La libertad y autonomía de los progenitores para escoger la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir encuentra su único límite en que ésta produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos y no garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación. De esta manera, el resto de los supuestos no deberían ser ni prohibidos ni penalizados por la ley.

En idéntico sentido, el *Juzgado Nacional de la Instancia en lo Civil Nro. 83*⁶⁹ autorizó la inscripción de una niña nacida mediante la técnica procreacional de gestación por sustitución como hija de los peticionantes con fundamento en la idea que, *“ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merece preeminencia el principio del ISN, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y la*

⁶⁴ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 (18/06/2013). Considerando IV, p. 10.

⁶⁵ Juzgado de Familia de Gualeguay. B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario. (19/11/2013). Cita Online: AR/JUR/89976/2013. MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567

⁶⁶ Juzgado de Familia de Gualeguay (19/11/2013). Sumario apartado 2, p. 1.

⁶⁷ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme la regla de la voluntad procreacional" *La Ley*, 2013.

⁶⁸ Juzgado de Familia de Gualeguay (19/11/2013). Considerando IV, p. 7.

⁶⁹ Juzgado Nacional se 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 N.N. O s/ inscripción de nacimiento (25/06/2015). Cita Online: AR/JUR/24326/2015.

*consolidación de la familia*⁷⁰. Así se sostiene que “*planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y de los ministerios, habida cuenta el estudio de ADN de la niña y los actores, del que surgen como padres biológicos, será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad (...) ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación*”⁷¹.

En este precedente el magistrado pone especial énfasis en el derecho al identidad y su estrecho e indisoluble vínculo con el ISN. Considera así que resulta de trascendental importancia el derecho de toda persona a conocer su identidad, como un derecho de los no enumerados a que se refiere el art. 33 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la CDN.

La dignidad de la persona es el fundamento definitivo de los derechos humanos. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye un valor fundamental. Con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. En base a ello el argumento del resolutorio rasposa sobre el ISN y el derecho a la identidad⁷² como un derecho personalísimo de raigambre constitucional.

La CDN pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad receptándolo en diversos artículos para acentuar ambos aspectos que lo integran. Muchos de estos aspectos pueden ser lesionados por el desconocimiento de uno de los elementos estáticos configurativos de la identidad, cual es el origen biológico genético de la persona. La carga genética acompaña al sujeto por toda su vida aún en el caso de atribuírsele una filiación que no coincida con dicha herencia. Las facetas dinámica y estática forman un todo indisoluble, que no es posible desmembrar sin vulnerar el derecho de la persona a elegir cómo vivir su vida, dado que ambos aspectos del derecho a la identidad se encuentran interconectados.

Por su parte, el *Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102*⁷³ hizo lugar a la acción de impugnación de la maternidad de una niña inscripta como hija del padre biológico

⁷⁰ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (25/06/2015). Sumario apartado 2, p. 1.

⁷¹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (25/06/2015). Considerando III, p. 6.

⁷² En un detallado e interesante análisis, el fallo hace especial mención a los elementos que constituyen la identidad de las personas incluyendo ambos aspectos dentro del derecho a la identidad. Destaca, por un lado, elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros pueden ser recónditos como la clave genética o visibles como nuestro sexo o contorno físico; los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica, se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento; así, por ejemplo, las ideas religiosas, las concepciones políticas y el perfil psicológico.

⁷³ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. (18/05/2015). Cita Online: AR/JUR/12711/2015.

y de la mujer gestante apelando también al ISN para fundar su decisión. Con cita a la Dra. Lamm sostuvo que *“la gestación por sustitución no viola el ISN, debido a que este nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución”*⁷⁴. El ISN exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica a la vez que requiere que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente. De esta manera, la circunstancia de que la niña haya sido deseada por los actores quienes asumieron su atención y crianza desde que nació, hace a su interés superior el cual se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.

En otro precedente, el *Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora*⁷⁵ declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyC⁷⁶ por reconocer la maternidad de la mujer gestante en lugar de aquella que ha expresado su voluntad procreacional mediante consentimiento informado.

Este fallo representa uno de los antecedentes en los que más se ha explayado el tribunal respecto del jerarquía y aplicación del ordenamiento jurídico internacional, razón por la cual nos detendremos particularmente en su contenido argumentativo. Sus páginas hacen una referencia *in extenso* a normas del derecho internacional como fundamento de la resolución poniendo en evidencia que los derechos del niño y su interés superior asumen en la solución de los casos sobre TRHA un significado determinante, tanto a nivel local como en el ámbito internacional.

Atendiendo a la máxima diligencia y premura que amerita el ISN, se destaca la necesidad legislar la gestación por sustitución de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores conforme al elemento volitivo expresado toda vez que *“la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño (...)”*⁷⁷. En este sentido, *“garantizar el interés superior de la niña por nacer mediante maternidad por sustitución*

⁷⁴ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 (18/05/2015). Considerando V, p. 4.

⁷⁵ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, H. M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC), (30/12/2015). Cita Online: AR/JUR/78614/2015. MJ-JU-M-97208-AR.

⁷⁶ Código Civil y Comercial. Artículo 562: Voluntad procreacional. 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.

⁷⁷ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Sumario apartado 9, p. 2.

*implica tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluye*⁷⁸.

En el considerando primero, luego de un abordaje descriptivo de las características específicas y distintas modalidades de la gestación por sustitución como una TRHA, el tribunal hace particular énfasis en la aplicación del principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional)⁷⁹. La ausencia de regulación determina una especial relevancia de las decisiones judiciales en las cuales *“se deben proteger los derechos de todas las personas intervinientes, en especial el interés superior del niño y el derecho a la identidad”*⁸⁰. Así, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida y queda sometida a la discrecionalidad judicial que deberá atender particular y específicamente al ISN como criterio de decisión.

La voluntad procreacional y el acceso libre e igualitario a las TRHA constituyen importantes líneas argumentales de la sentencia⁸¹ en la cual se destacan los criterios de establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo⁸². En este sentido, el magistrado sostiene como de aplicación obligatoria la interpretación que realiza el tribunal regional del tratado en cuestión. Así, *“la fuerza normativa de la Convención Americana alcanza a la interpretación de la misma realice la Corte Interamericana como intérprete última de dicho tratado. Por lo que, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia que el texto del tratado. Entonces, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación efectuada por la Corte”*⁸³.

⁷⁸ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Sumario apartado 8, p. 2.

⁷⁹ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando I, p. 8.

⁸⁰ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando I, p. 8.

⁸¹ *“Ante la imposibilidad de M.R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer -en este caso su hermana M.C. H.- se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” - ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando II, p. 11.*

⁸² *“(…) el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica, 28 de Noviembre de 2012, párr. 286. Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.*

⁸³ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando IV, p. 13.

Respecto al significado determinante que tiene el principio del ISN en la resolución de los casos de gestación por sustitución se mencionan los antecedentes Mennesson (demanda n.o 65192/11) y Labassee (demanda n.o 65941/11) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en los cuales con fundamento en la protección preferente del interés del niño se condenó al Estado Francés⁸⁴ a reconocer la filiación de tres niñas nacidas por gestación por sustitución, sentando un valioso precedente que ha repercutido en la jurisprudencia sobre gestación por sustitución internacional, ya sea facilitando o propiciando el reconocimiento de las filiaciones determinadas en los países donde se practicó la gestación por sustitución⁸⁵.

Directamente vinculado al ISN se encuentra el derecho del niño de ser inmediatamente inscripto⁸⁶ como hijo de quienes quieren ser sus progenitores. El efectivo resguardo del principio convencional *“exige contar con un marco legal de protección que brinde seguridad jurídica y garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”*⁸⁷. La ausencia de una legislación que regule con precisión el estado filiatorio y la inscripción inmediata del nacimiento coloca a los niños nacidos por esta técnica en un particular e inaceptable grado de vulnerabilidad.

En su argumentación el magistrado cita textual lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro.5 (2003), en la cual considera al ISN como *“un principio rector que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan (párr.13)”*. También hacer particular referencia a la Opinión Consultiva 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño en la cual la CoIDH expresó que el ISN ha de ser entendido *“como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se*

⁸⁴ *“El TEDH, en los casos citados, declaró por unanimidad que Francia había violado el art.8 sobre respeto a la vida privada de la Convención Europea de Derechos Humanos, respecto de las niñas nacidas en el extranjero por gestación por sustitución. El Tribunal Europeo entendió que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada significativamente. Asimismo se estableció que las decisiones adoptadas por el Estado francés no habían sido compatibles con el interés superior del niño, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos”*. Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VI, p. 17.

⁸⁵ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VI, p. 17.

⁸⁶ CDN. Artículo 7.1: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

⁸⁷ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VI, p. 18.

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, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”⁸⁸.

Con una interesante cita de la Dra. Cecilia Grosman⁸⁹ al ISN se perfila como una *“directriz que cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”*. La plena garantía del mismo implica la tutela efectiva del derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes del proyecto familiar⁹⁰.

Siguiendo este lineamiento, el *Juzgado de Familia N° 2 de Moreno*⁹¹ determinó específicamente que *“toda disposición que restrinja la posibilidad de un niño de ser cuidado por sus progenitores constituye una violación a su interés superior y a sus derechos humanos”⁹²*. En su desarrollo argumental respecto a la protección preferente del ISN retoma la jurisprudencia del TEDH y señala que, efectivamente, el ISN se asegura con un marco legal de protección que *“brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”⁹³*

Se reitera la normativa referente al ISN, lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 5 (2003) y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y las citas doctrinales de las autoras Grosman, Kemelmajer, Herrera y Lamm que hemos desarrollado en el análisis del fallo del Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015).

⁸⁸ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VII, p. 23.

⁸⁹ GROSMAN, CECILIA P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", *La Ley*, 1993-B, 1095. Cit. en Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VII, p. 23

⁹⁰ Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora (30/12/2015). Considerando VII, p. 23.

⁹¹ Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno. S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar (04/07/2016) Cita Online: AR/JUR/42506/2016.

⁹² Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno (04/07/2016). Sumario apartado n° 5, p. 1.

⁹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LLOVERAS, N. *Tratado de Derecho de Familia según el CCCoN de 2014*. Tomo II, art. 5509 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 526. Cit. en Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno (04/07/2016).

En un todo de acuerdo con sus precedentes, el *Juzgado Nacional De 1a Instancia En Lo Civil Nro. 8*⁹⁴ da cuenta de la “*especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales a favor del reconocimiento del vínculo filial con los comitentes*”⁹⁵. Así, la tensión latente entre la verdad biológica, como derecho a la identidad en un sentido estático, y la voluntad procreacional, como un aspecto del derecho a la identidad en su faz dinámica sólo puede resolverse a la luz del ISN, principio constitucional que impregna de contenido las relaciones derivadas de la filiación⁹⁶.

El fallo dedica el considerando n° VI al desarrollo y aplicación del art. 3 de la CDN y el principio del ISN entendiendo que el mismo ha sido establecido como uno de los valores fundamentales de la norma internacional protectora de los derechos de la infancia. En este sentido “*el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: el ISN se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos*”⁹⁷.

Y en concordancia con el resto de la jurisprudencia analizada sostiene que “*garantizar el ISN implica tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que él se incluirá como uno más de la familia*”⁹⁸.

VII. REFLEXIONES FINALES

Al hilo de extenso análisis que hemos realizado es posible concluir que la jurisprudencia argentina en materia de gestación por sustitución apela casi por unanimidad a la aplicación de la CDN y su principio del ISN a fin de autorizar los efectos de una práctica que aún no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8. B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación (20/09/2016) Cita Online: AR/JUR/70743/2016.

⁹⁵ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8 (20/09/2016). Considerando I, p. 7.

⁹⁶ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8 (20/09/2016). Considerando IV, p. 11.

⁹⁷ Conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33. Cit. en Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8 (20/09/2016). Considerando VI, p. 19.

⁹⁸ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8 (20/09/2016). Considerando VI, p. 20.

En este sentido, entendemos que una interpretación del art. 3.1 de la CDN y el principio del ISN adecuada a los criterios establecidos en la Convención de Viena de 1969 permite el reconocimiento de la filiación legítima de los niños nacidos mediante gestación por sustitución con los progenitores que han manifestado de manera libre y plena su voluntad procreacional.

Fundamentan este entendimiento, en primer lugar, la jerarquía constitucional que la CDN y los principios en ella establecidos ostentan en nuestro derecho interno en virtud el artículo 75 - inciso 22 de la CN. La ubicación de los derechos humanos en el vértice mismo de nuestro ordenamiento jurídico impone una interpretación a favor de la vigencia de dichos derechos que reivindique su supremacía por sobre cualquier otro valor normativo.

En segundo lugar, la idea sostenida por CoIDH en su opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño acerca de la supremacía del ISN otorga el punto cardinal en la interpretación y aplicación de normas relativas a la infancia, las que imperiosamente deben asegurar la efectiva realización de todos los derechos consagrados en la CDN. Este eje medular ha sido reconfirmado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general N° 14 (2013) en la cual especifica que la directriz del concepto de ISN descansa en la garantía del disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la CDN y en el desarrollo holístico del niño.

En tercer lugar, tal como lo manifiestan distintos magistrados nacionales e internacionales en sus resoluciones y según lo establece el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro.5 (2003), el ISN constituye un principio rector que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales deben aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo aquellas que no se refieren directamente a los niños pero los afectan.

En este orden de ideas, la noción de ISN como un concepto complejo, pero a la vez flexible y adaptable ha permitido analizar y determinar su contenido en cada uno de los casos presentado, teniendo particularmente en cuenta la situación concreta del niño, el contexto que lo rodea y sus necesidades personales de cada en un momento determinado. Así, en los casos de gestación por sustitución analizados los tribunales argentinos han colocado al ISN como un principio supremo y garantista que permite resolver conflictos donde los niños se ven vinculados.

Por estos motivos es necesario concluir que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico resulta adecuado a derecho apelar al ISN para fundar las sentencias de gestación por sustitución, toda vez que dicho principio es de cumplimiento imperativo y cumple una función hermenéutica de fundamental importancia que no puede ser eludida al momento de resolver.

VIII. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA LÓPEZ, J., ACOSTA ALBARADO, P., RIVAS RAMÍREZ, D. (Eds.) *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Universidad Externado de Colombia, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017.
- AGUILAR CAVALLO, G. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 6, núm. 1, Santiago, 2008.
- AZPIRI, J. “La filiación en el proyecto del código civil y comercial”. *Revista de derecho de familia y de las personas*. Buenos Aires: La ley. Año 5 N6 julio de 2012.
- BELOFF, M.; CILLERO, M.; CORTÉS, J.; COUSO, J. (Eds.) *Justicia y Derechos del Niño*. N°1. UNICEF. Santiago de Chile, 1999.
- BENSUSHAN, A AND SCHENKER, J “Legitimizing surrogacy in Israel”. *Human Reproduction*, Volume 12, Issue 8, August 1997.
- BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2003.
- BRINDEN, P. “Gestational surrogacy”. *Human Reproduction Update*, Volume 9, Issue 5, September 2003.
- CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 1, n°2. octubre 2009.
- CHIAPERO, S. *Maternidad Subrogada*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- CICCARELLI, J. AND BECKMAN, L “Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy”. *Journal of Social Issues* Volume 61, Issue 1, pages 21–43, March 2005.
- DELPIANO LIRA, C. “Derecho e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Working Paper.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimoctava Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- DRABIAK, K; WEGNER, C; FREDLAND, V; HELFT, P. “Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity”. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. Volume 35 issue 2, page(s): 300-309. Issue published: May 1, 2007.

- DRNAS DE CLÉMENT, Z Y SARTORI, M. *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Ed. Lerner, Córdoba, 2010.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Conflicto entre el derecho subjetivo del padre biológico a la tenencia de su hija y el interés superior de la niña. Fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Fornerón e hija vs. Argentina” *Revista de la Facultad, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, V IV-2, Córdoba, 2013.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de DGRN, de 18 de febrero de 2009”. *INDRET* 1/2010. Barcelona 2010.
- GAMBOA MONTEJANO, C. “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”. *Informe de la Cámara de Diputados de México*, 2010.
- GELLI, MA. A. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Universidad de Chile, 2da época. Año 14. N° 18, Santiago, 2018.
- HERRERA, M. “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”. *Revista de Antropología Social* 27(1), 353-380, 2018.
- HERRERA M. Y LAMM E. “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el anteproyecto de reforma del Código civil: técnicas de reproducción humana asistida”. *Microjuris*, Buenos Aires, 2012. MJ-DOC-5751, MJD5751.
- HIERRO HIERRO, F. J. “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”. *Doctrinal Aranzadi Social*, Pamplona 41/2012.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n° 835/2013 sobre la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, 2015.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho*, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Revista Derecho Privado*. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”. *La Ley*, 2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme la regla de la voluntad procreacional” *La Ley*, 2013.

- KRASNOW, A. Y PITASNY, T. “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial”. *Ed. Microjuris.com Argentina*, 2015.
- LAMM E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 4, N°. 1, 2016.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, N°. 2, 2014.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 3, 2012.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución”. *Revista para el análisis del derecho*, INDRET, Barcelona, 2012.
- LAMM, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, N° 24, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- LAMM, E. Y RUBAJA N. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, N°. 37, 2016.
- LARKEY, A. “Redefining motherhood: determining legal maternity in gestational surrogacy arrangements”. *Drake Law Review*, 2003.
- NOVAK TALAVERA, F. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *THĒMIS-Revista de Derecho* 63, 2013.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *INDRET* 3/2009. Barcelona.
- RAPALLINI, L. “La Maternidad Subrogada en el Derecho Internacional Privado Argentino. Reconocimiento Filiatorio”. *Cuadernos de práctica de Derecho Internacional Privado Argentino*. Ed. del Colegio de Abogados de la Plata, 2012.
- SAMBRIZZI, E. A. *La maternidad subrogada (gestación por sustitución) Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: El Derecho, 2012.
- TEITELBAUM, H. “El colapso del dogma mater semper certa est frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial”. *Revista Notarial*, n°94, Año 2016/02.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*. Granada: Editorial Comares, 2012.
- VILAR GONZÁLEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014.

1.1 Leyes, Documentos y Resoluciones

- Carta de las Naciones Unidas.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2015). Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- CoIDH. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.
- Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial.
- Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. (2005)
- ONU: Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).
- ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989). United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.
- ONU: Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Jurisprudencia

- Juzgado de Familia de Gualeguay. B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario. (19/11/2013). Cita Online: La Ley AR/JUR/89976/2013. Microjuris MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza. A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva. (29/07/2015). Cita Online: AR/JUR/28597/2015.
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza. M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas (06/09/2017). Inédito.
- Juzgado de Familia N° 5 de Viedma. Reservado s/ autorizacion judicial (f) (7/07/2017). Cita Online: AR/JUR/39473/2017.
- Juzgado de Familia N°3 de General San Martín. M., I. M. y otro s/autorización judicial, (22/08/2016). Cita Online: AR/JUR/70743/2016.
- Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora. G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/ rectificación de partida (03/10/2016). Inédito.
- Juzgado de Familia nro. 2 de Mar del Plata. C. M. F. y otros s/ materia a categorizar, (24/11/2017). Cita Online: AR/JUR/103023/2017.
- Juzgado de Familia Nro. 4, La Plata. B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas, (20/02/2017). Inédito.
- Juzgado Familia N° 7, Lomas de Zamora. B. J. D. y otros s/materia a categorizar», (30/11/2016). Cita Online: AR/JUR/85614/2016.

- Juzgado Familia nro. 7 de Lomas de Zamora, H. M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC), (30/12/2015). Cita Online: AR/JUR/78614/2015. MJ-JU-M-97208-AR.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. (18/05/2015). Cita Online: AR/JUR/12711/2015.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8. B., B. M. y otro c. G., Y. A s/impugnación de filiación (20/09/2016). Cita Online: AR/JUR/70743/2016.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento (18/06/2013). Cita Online: AR/JUR/23081/2013 MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.
- Juzgado Nacional se 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 N.N. O s/ inscripción de nacimiento (25/06/2015). Cita Online: AR/JUR/24326/2015.
- Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno. S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar (04/07/2016). Cita Online: AR/JUR/42506/2016.
- Tribunal de Familia N° 7 de Rosario. F.M. L y otra s/autorización judicial (2/12/2014). Cita online AR/JUR/90178/2014.