

DERECHO FAMILIAR Y LITERATURA: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UN APORTE JUSTIFICATORIO AL CASO ARGENTINO

FAMILY LAW AND LITERATURE : SURROGACY: A JUSTIFIED CONTRIBUTION TO THE ARGENTINE CASE

GABRIEL R. JUAN¹

Resumen: La gestación por sustitución altruista puede ser válidamente aceptada por el derecho argentino, a pesar de que la figura no tenga recepción legal expresa. El análisis crítico parte de la intersección Derecho *en* la Literatura, el que se complementa luego con elementos de la argumentación jurídica. El conjunto forma un triple diálogo racional que aporta razones justificadas a la conclusión. La comparación, entre el caso ficcional inserto en una legislación que prohíbe la práctica (Italia) y el caso argentino que omite la regulación, demuestra que ambos supuestos producen idénticas consecuencias disvaliosas (afectación de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida privada y familiar, la parentalidad, la filiación, el interés superior del niño). El confronte argumentativo, por su parte, prueba que ninguno de los enunciados de quienes se oponen soporta la réplica. En especial, de aquel que se invoca respecto de la dignidad humana de la gestante.

Palabras clave: derecho familiar y literatura; gestación por sustitución; derechos humanos; argumentación jurídica; dignidad humana.

Abstract: Surrogacy might be accepted by the Argentine Law in spite of this is not a legal form in our country. The critical analysis comes up due to the intersection of Law and Literature which is complemented by elements of legal argument. The whole makes up a rational three-way dialogue that provides justified reasons for the conclusion. The comparison between the fictional case (that is inserted in a law that prohibits this practice in Italy) and the Argentine case (that omits this regulation) shows that both assumptions produce identical disruptive consequences because they threaten fundamental rights such as the right to privacy and family life, parenthood, filiation, and the best interest of children. This reasoning proves that

¹ Abogado Especialista en Derecho de Daños por la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Nacional de Cuyo (UNL-UNCU). Abogado por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza (UM). Mendoza, República Argentina. E-mail: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar.

none of the statements set forth by the opponents could support the reply related to the human dignity of the pregnant woman.

Keywords: family law and literature, surrogacy, human rights, legal argument, human dignity.

1 INTRODUCCION

En la novela *Eres como eres*², la escritora italiana Melania Mazzucco (Mazzucco, 2016) aborda uno de los temas más complejos y controvertidos del derecho familiar actual: la gestación por sustitución (GS). La figura, también conocida como *maternidad subrogada*³ o con el nombre periodístico –de sesgo peyorativo, aunque apropiado a las letras de molde– *alquiler de vientres* (La Nación Online, 2017), entre otros⁴, divide a los operadores jurídicos en dos grupos antagónicos bien marcados: los que la aceptan (en determinados casos con matices) y los que la rechazan.

Algo parecido podría decirse de las legislaciones; están las que admiten la GS en forma amplia (por ejemplo, Rusia, Ucrania, Georgia, India, algunos estados de Estados Unidos –California, Illinois–, o de México –Sinaloa–), y otras que lo hacen en forma restringida, esto es, cuando la gestante persigue un fin altruista o sin ánimo de lucro (casos del Reino Unido, Holanda, Australia, Brasil, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Tabasco –México–). Otros sistemas las prohíben (Italia, Francia, España, Suiza, Suecia, Dinamarca, Alemania, Islandia).

Pero también existen ordenamientos jurídicos que no regulan el instituto. Entre estos últimos se encuentra la Argentina.

A partir de la conexión Derecho *en* la Literatura, la obra literaria elegida concede un punto de partida apropiado para un análisis iusfilosófico de la figura. En primer término, dicho estudio permite comparar las consecuencias jurídicas que provoca la prohibición de la GS (caso italiano, que es el ámbito de desarrollo de la novela) con las

² Premio *Il Molinello* 2014.

³ Tal es el nombre con que se conoce a la figura en España, o al menos ese es su uso frecuente, a pesar de que la ley 14/2006 (Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida) haya adoptado la denominación Gestación por sustitución (art. 10).

⁴ Para mayor abundamiento respecto de las distintas denominaciones que se le da a la figura en los distintos países, ver LAMM, 2013, p. 25 y ss.

que genera la omisión legislativa (caso argentino). A continuación, con apoyo en el uso de determinadas herramientas de la argumentación jurídica, se estudian las proposiciones de quienes se oponen a la figura y se brindan contraargumentos.

Así, el conjunto contiene un triple diálogo racional que aporta razones justificadas a la conclusión que se propicia: en la Argentina, la gestación por sustitución, en la modalidad altruista y *ex ante*, puede ser válidamente autorizada por el juez, a pesar de no tener regulación legal expresa.

2 EL RETO FICCIONAL

En la novela se advierte que la autora utiliza un narrador omnisciente de estilo actual, es decir, limitado, quien solo conoce lo que piensan o sienten los protagonistas principales. A su vez se preocupa (tal como se espera de un buen relato) en no *bajar* ninguna línea moral en forma directa o expresa. De esta manera, los propios *sujetos* de la ficción son quienes hablan por sí mismos, enfrentan sus conflictos y tratan de resolverlos. La *acción* narrada facilita la tarea del lector letrado; en lo inmediato, lo libera de la confrontación con su propia carga moral. Esta situación le permite avanzar sin condicionamientos en el proceso racional tendiente a obtener conclusiones justificadas, respecto de los distintos problemas jurídicos que trae aparejada la prohibición (afectación de los derechos vida privada y familiar, parentalidad, interés superior del niño o niña, filiación, herencia, etc.).

Christian (profesor universitario) y Giose –Giuseppe– (músico) son una pareja de hombres italianos que tienen un proyecto de vida en común y deciden tener un hijo. A tal fin recurren al método de GS, práctica que se concreta en Armenia. Conforme el certificado de nacimiento, la niña solo pudo ser inscripta como hija de uno solo de los miembros de la pareja (Christian), y de madre desconocida. Cuando éste muere en un accidente vial, Giose no logra obtener la custodia de Eva, a pesar de haber convivido con ella durante ocho años, de haber resignado su carrera de músico para dedicarse al cuidado de la niña e, incluso, de haber sido instituido tutor testamentario por Christian. Nada de eso alcanzó para superar el test judicial. Los tribunales italianos entendieron que Giose no era apto para desarrollar la paternidad; valoraron un antecedente de su juventud de “delitos contra la moral” y sus “conductas privadas no acordes con el desempeño de la paternidad” (Mazzucco, 2016, p. 60). La niña, entonces, queda al

cuidado de la familia de su padre muerto. Por diversas razones (entre ellas un cambio de residencia de los abuelos) la comunicación entre Giose y Eva comienza a resentirse hasta que se pierde. Años más tarde, Eva se escapa y decide buscarlo.

El *reto ficcional* consigue que el lector letrado no se vea tentado a resolver el problema de forma automática, de acuerdo con premisas preestablecidas, con sus principios de vida, con sus proyecciones o con su ética personal (tal y como, al parecer, lo habrían hecho los jueces italianos). A la vez, esa misma situación, lejana y ajena, es la que sienta las bases para un análisis crítico. Ésta es una de las mayores virtudes de la intersección Derecho y Literatura. La Literatura no limita el análisis racional, por el contrario, lo ensancha, brinda un nuevo (y mejor) punto de vista jurídico al situarnos, despojados de preconceptos, en el lugar del otro.

Solo por citar un ejemplo, ya que el presente no es una crítica literaria sino un ensayo jurídico, nótese en las líneas que se transcriben a continuación como es que, con tan solo un recurso literario (el no identificar e intercalar los diálogos en la propia narración), la autora aporta una intensidad dramática a la narración que genera inmediata empatía en el lector; el que haya aceptado, claro está, el acuerdo tácito con la ficción.

¿Quién eres?, responde al final una cavernosa voz masculina. Así, brutalmente, más bien hostil. ¡Papá!, exclama Eva. Estoy en la tienda de alimentación, en Visso, por favor, ven a buscarme, que me estoy muriendo de frío. ¿Papá?, reaccionan estupefactos el de la gasolinera y el tendero, instintivamente, como la rana de Galvani. Según los rumores, el músico... No hay reacción. La voz del otro lado no emite ningún sonido. Ella específica, absurdamente, como si tuviera otros hijos y pudiera confundirse: ¡soy Eva, papá! (Mazzucco, 2016, p. 35).

La *suspension of disbelief* que supone la lectura de un texto literario predispone a un mejor análisis jurídico. La dimensión Derecho *en* la Literatura contribuye al entendimiento de algunas cuestiones jurídicas fundamentales que la obra literaria exhibe al poner enfrente, sin ninguna restricción y sin posibilidad de eludirlo, el verdadero conflicto.

El apoyo de la Literatura tiene un afán transdisciplinario de valor jurídico porque ésta, cuando trata temas de Derecho, en particular aquellos que tocan derechos fundamentales, lo hace desde una perspectiva despojada de preconceptos letrados. Y desde ese lugar coadyuva a la comprensión del conflicto en toda su dimensión humana. La contribución crítica y creadora de la Literatura puede aportar puntos de vista

olvidados o escondidos bajo el manto de la ideología o del formalismo, tan arraigado en el operador jurídico occidental. Y, mientras que el olvido, la ideología o el formalismo provocan inacción, la Literatura, en tanto y en cuanto incomoda, hace lo opuesto; obliga a pensar en la mejor acción posible. Se trata de un actuar renovado del pensamiento racional práctico que busca la solución más justa para un problema jurídico determinado.

Debe quedar claro que el auxilio literario implica aceptar la transdisciplinariedad como método justificado del conocimiento, cuánto más en cuestiones de derecho familiar. Pero tal recepción no significa, en modo alguno, prescindir del estudio técnico del Derecho.

Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de Balzac se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, el Derecho y del poder. (Ost, 2006, p. 334-335).

En su Teoría literaria del Derecho, José Calvo González denomina a esta visión “intersección instrumental”. La intersección tiene un recorrido de dirección doble, “el Derecho en cuanto recurso literario, y también la Literatura en cuanto recurso jurídico”. (Calvo González, 2015, p. 176).

Además de las miradas diferentes respecto de la justicia, del poder, la libertad, la igualdad, la familia, etc., la Literatura comparte con el Derecho su materia prima constitutiva: el lenguaje. Y desde ambas disciplinas la lengua es un aporte imprescindible para la argumentación jurídica. En especial, para sus componentes dialécticos y retóricos. La interrelación Derecho-Literatura-Argumentación Jurídica conforma un conjunto interpretativo novedoso y enriquecido que encuentra, en los Estados de Derecho Constitucionales, un adecuado ámbito de expansión.

Sobre esta base, la obra literaria elegida es un medio idóneo para la reflexión crítica respecto de las afectaciones de derechos que generan la prohibición y la omisión legislativa.

3 GESTACION POR SUSTITUCION. UNA CUESTION DE DERECHO FAMILIAR

La rama del derecho desde la que corresponde analizar la figura es el *Derecho Familiar* (o Derecho de las Familias). Tal denominación es preferible a la tradicional *Derecho de Familia*. Ello es así porque aquella expresión es demostrativa del cambio normativo, sociológico y cultural que se viene produciendo en esta área, desde las últimas décadas del siglo pasado, en el sistema jurídico occidental. La nueva fórmula permite inferir que nos encontramos ante el estudio de las reglas y principios que regulan las distintas formas de realización del propio plan de vida afectiva.

La mutación de la denominación importa una mirada asentada en el derecho de los derechos humanos, respetuoso de las libertades personales; en este sentido, ya no cabe pensar que existe un solo tipo de familia, el sustentado en el matrimonio heterosexual de base patriarcal. Por eso, la protección jurídica debe extenderse a distintas formas de vínculos familiares (vgr., parejas de dos personas del mismo sexo – hombres o mujeres–, familias ensambladas, monoparentales, uniones convivenciales, etc.).

Al *Derecho Familiar* incumbe la forma en que se produce el emplazamiento filial y, en consecuencia, la determinación del vínculo jurídico que une a una persona con quienes resultan ser sus progenitores. Las fuentes de filiación, conforme el artículo 558 del Código Civil y Comercial argentino, son: la naturaleza, la adopción y la voluntad procreacional. Esta última está asociada a la procreación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), entre las que se ubica la GS.

El concepto de la figura ha evolucionado y es probable que lo siga haciendo. Las primeras definiciones incluían como requisitos, vgr., que la pareja comitente no pudiese engendrar, que estén casados y que el matrimonio sea heterosexual.

Actualmente, la GS podría definirse como:

una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (Lamm, 2013, p. 24).

Puede incluir o no una contraprestación dineraria a favor de la gestante. En este sentido, la GS se clasifica en lucrativa o altruista. El elemento diferenciador en tal caso es la existencia o no de ánimo de lucro de la gestante. Cabe aclarar que la práctica no pierde su carácter altruista por la asunción, por parte de los comitentes o *padres de*

intención, de ciertos gastos como la atención de la salud de la gestante y otros requerimientos legales.

4 LA PROHIBICION Y LA AUSENCIA DE REGULACION POSITIVA COMO FUENTES DE CONFLICTOS

La historia de la novela está ambientada en Italia, ya entrado el siglo XXI. En ese país, como se anticipó, la GS está vedada (ley 40/2004)⁵. Sin embargo, el deseo de ser padres de algunas parejas es tan fuerte que hacen caso omiso a esta prohibición y se lanzan a esta práctica en el extranjero logrando, en el mejor de los casos, un vínculo filial incompleto. El fenómeno se conoce con el nombre de *reproducción transfronteriza* al cual, también con sesgo peyorativo, se lo denomina *turismo reproductivo*.

Del resumen de la novela realizado con anterioridad se advierte que, al conflicto lógico y esperable que genera la muerte trágica de un padre, debe agregársele la imposibilidad de la niña de preservar vida familiar con aquel otro a quien la une un lazo socioafectivo.

[...] Eva, ya está bien de pataletas, dijo la abuela cuando finalmente la sacó de su escondrijo, entre los trozos de leña, abrazada al perro. ¿No tienes ganas de venir a Trequanda? Están también ahí Valeri y Luca, tu habitación te espera. Quiero quedarme con papá Giose, dijo Eva. Giose tiene cosas importantes que hacer, no puede estar pendiente de ti ahora, dijo la abuela. Eva hundió la nariz en la espalda repelada de Ezechiele. No quiero ir, replicó. [...] María Cruz se permitió lo que nunca se había permitido. Expresó una opinión e intentó decirle a la abuela que tal vez debiera escucharla. La niña estaba empezando a superar el terrible trauma de la pérdida de su padre, y separarla también de... del señor Giose precisamente ahora sería como echarle sal a la herida. Sí, claro, zanjó Margherita, buscando un pañuelo para secar la nariz de Eva, de la que caían los mocos, es sólo hasta que empiece el colegio. Ve a despedirte, que nos vamos ya, el camino es largo y nos esperan para la cena. Júrame que irás a recogerme, le dijo Eva a su padre, que permanecía como petrificado en el sofá, con el asa de la maleta rosa de Eva entre las manos. Te lo juro, le dijo Giose. Eva le creyó. (Mazzucco, 2016, p. 58-59).

⁵ Art. 12, inc. 6: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.”

La realidad jurídica que ignora ese vínculo afecta derechos fundamentales de todos los involucrados (a la vida privada y familiar de la pareja protagonista, a la identidad de Eva, y con ella, a la protección de su interés superior, etc.).

En relación con la persona nacida por esta práctica existe una violación al derecho a la identidad, tal como lo señalan los precedentes del TEDH: “Mennesson” y “Labassee” (2014); “Foulon” y “Bouvet” (2016) y “Laborie” (2017), todos contra Francia. Ello así porque la identidad integra el derecho a la intimidad; conlleva “una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación” (Kemelmajer de Carlucci: *Et al*, 2017).

Respecto de los comitentes es clara la violación al derecho a la vida familiar. Farnós Amorós coincide con esta afirmación (Farnós Amorós, 2017).

No modifica esta conclusión el fallo dictado por el TEDH (Gran Sala) en el caso “Paradiso II” (TEDH, causa “Paradiso y Campanelli”, 2017), pues allí las circunstancias fácticas y jurídicas son diferentes al caso que aquí se examina. En efecto, allí se sostiene que no existió “vida familiar” porque: (a) ningún miembro de la pareja había aportado material genético para la GS⁶; (b) el tiempo de convivencia fue muy escaso (ocho meses); y (c) existió una situación irregular en el trámite de inscripción del nacimiento.

En la Argentina la GS no está prohibida (como en Italia), aunque carece de una regulación positiva expresa. Ello se traduce, en los hechos, en conflictos jurídicos con consecuencias disvaliosas similares, porque la realidad muestra que la práctica se realiza, sea en el país, sea en el extranjero.

El proyecto de Código Civil y Comercial argentino regulaba en su artículo 562 la GS altruista. Los requisitos de la norma proyectada eran los siguientes: (i) exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes, debía requerirse autorización judicial *previa* y el juez debía homologar dicho consentimiento; (ii) exigía respetar el interés superior del niño; (iii) la gestante debía tener plena capacidad y gozar de buena salud física y psíquica; (iv) al menos uno de los comitentes debía haber aportado material genético; (v) el o los comitentes debían tener imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; (vi) la gestante no podía aportar material genético propio; (vii) la gestante no debía ser retribuida; (viii) la gestante no podía

⁶ Este argumento, que otorga prevalencia al elemento genético por sobre la voluntad procreacional, merece un análisis más extenso que excede el límite previsto a estas líneas.

someterse a un proceso de GS más de dos veces; y (ix) la gestante debía haber dado a luz al menos un hijo propio. La norma proyectada imponía un control judicial riguroso y previo que, junto al consentimiento libre e informado, constituyen elementos estructurales de justificación y validez.

Lamentablemente, la figura fue excluida durante el trámite parlamentario.

La Ley 26.862 de *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida* incorpora las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) al sistema nacional de salud. Sin embargo, en ningún momento se refiere de forma directa y específica a la GS. Por tal razón, y en contra de lo que opina determinada doctrina (Gil Domínguez, 2013), debe entenderse que no la incluye. En efecto, esta ley, que sigue el criterio de la OMS (Organización Mundial de la Salud), nada dice del “útero subrogado”, tal y como lo hace el Glosario de dicha organización (World Health Organization, 2010)⁷.

No obstante el silencio normativo, la realidad muestra que es una práctica en aumento y, en consecuencia, es necesario definir la filiación de las personas que nacen por esta vía.

5 LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE FILIAL

Los protagonistas de la historia de Mazzucco decidieron ser padres en Budapest, en un viaje que tenía como objetivo olvidar un fracaso laboral del músico. Y, puesto que la GS estaba prohibida en Italia, convinieron viajar a otro país para realizar la práctica. Al igual de lo que sucede a muchas otras parejas *no literarias*, la voluntad de ser padres en la cultura occidental está siempre presente. A veces se mantiene latente, hasta que un hecho funciona como disparador. A partir de ese momento, el deseo se traduce en una manifestación expresa que conlleva a concretarla. En el caso de ficción fue la contemplación de un cuadro de Francisco de Herrera el Viejo (1590-1656), titulado *San José con el Niño Jesús*. La imagen que proyectaba la tela nada tenía de divinidad, pero sí

⁷ “Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante”

de una paternidad querida. “Y fue por Herrera el Viejo por lo que Christian y Giose llevaron más tarde a Eva a España, en cuanto fue lo bastante mayor para retener recuerdos de ese viaje.” (Mazzucco, 2016, p. 100-101.)

El Código Civil y Comercial argentino (CCyC), vigente desde el 1 de agosto de 2015, importó un avance de significación cualitativa en diferentes instituciones del derecho familiar. Entre ellas se destaca el reconocimiento a la igualdad de derechos entre las parejas del mismo y de distinto sexo (sean cónyuges o convivientes). En esa línea, en materia de filiación, introdujo la *voluntad procreacional*⁸ como un concepto trascendente en los derechos reproductivos y en el proyecto de vida familiar de aquellas parejas que están impedidas de acceder a la procreación por naturaleza y desistieron – por la razón que sea– de la adopción.

El problema concreto que se presenta con la GS es que, según el artículo 562 del CCyC sancionado, los nacidos por aplicación de las TRHA son hijos *de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo*. De modo que, al decidir instituir el primer vínculo filial con *quien dio a luz*, en principio, el niño o niña quedaría emplazado como hijo o hija de la gestante.

A su vez, la última parte del artículo 558 del CCyC dispone que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

De manera que los padres del niño o niña nacido de una GS serían, conforme la legislación vigente, la gestante y aquella persona que prestó su consentimiento. Esta primera conclusión muestra de inmediato la inconveniencia del silencio normativo o, mejor dicho, el desequilibrio o vacío que provoca la exclusión de la GS del CCyC.

Y esto conlleva la exigencia de que sean los jueces quienes deban brindar soluciones acordes al sistema constitucional-convencional, pues la práctica se realiza, y están en juego derechos fundamentales. No ha de perderse de vista que el derecho humano a la vida privada y familiar está consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75-22 de la CN), mientras que los derechos reproductivos fueron reconocidos de manera expresa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, causa “Artavia Murillo”). La

⁸ ARTICULO 562 CCyC: “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.”

similitud de la problemática del caso ficcional italiano con el argentino nos muestra hasta qué punto, tanto una legislación prohibitiva como otra que no regula la GS provoca conflictos filiatorios de similares consecuencias injustas.

En la actualidad, en el país se dictaron una veintena de fallos⁹ que admitieron la filiación de la persona nacida con fuente en la voluntad procreacional. La gran mayoría en GS *ex post*, es decir, cuando las parejas recurren a los tribunales luego de haber realizado la práctica, y solicitan la impugnación de la filiación materna asignada a la gestante (siempre y cuando ésta no haya aportado material genético) o, directamente, que no se inscriba al niño o niña que nace como su hijo. Esta dinámica implica un considerable riesgo, pues, durante un tiempo más o menos prolongado, no existe vínculo jurídico entre los comitentes y el niño o niña que ya ha nacido. Se produce un período *ventana* creado *de facto*, con una situación jurídica que se mantiene en la nebulosa hasta que el juez dicte la sentencia.

En los últimos casos resueltos, los interesados solicitaron la autorización previa (GS *ex ante*), sometiendo el acuerdo de gestación al control judicial, de manera similar a lo que sucedería si estuviese vigente el texto proyectado que fue suprimido. En todos estos supuestos la práctica fue autorizada.

6 UNA RESPUESTA AL CASO DIFÍCIL

La novela de Mazzuco pone en evidencia que la prohibición legal (derecho italiano) conduce a un caso difícil. El silencio normativo (derecho argentino) también lo hace.

Ante una práctica que está en aumento sostenido, se impone a los operadores jurídicos buscar respuestas satisfactorias (correctas) tendientes a dar solución a los conflictos ya instalados, y prevenir nuevos problemas jurídicos. La finalidad es evitar afectación de derechos esenciales (a la vida familiar, a los derechos reproductivos), de aquellas parejas cuyos miembros están impedidos de llevar adelante un embarazo, preservando los derechos esenciales de la persona que lleva adelante la gestación.

La problemática legislativa (omisión) no es la única que complejiza la GS. A ella debe sumársele la ideología y preconceptos (prejuicios) de doctrinarios, jueces, defensores, asesores, abogados y legisladores, quienes –a favor o en contra– potencian

⁹ Al 31 de agosto de 2017, fecha de culminación de este trabajo.

sus posturas en desmedro de una decisión razonablemente argumentada destinada a resolver el conflicto. El porqué de la divisoria de aguas obedece, según creo, a la intransigencia ideológica que se traduce en un déficit argumentativo de aquellos que se niegan a admitir la realidad. Algunos de sus postulados no son convincentes y otros, aunque podrían serlo en abstracto, no persuaden en el caso concreto.

Lo que se propone, entonces, es que estos *casos difíciles*, en tanto están insertos en el sistema constitucional-convencional, pueden ser resueltos utilizando el *reto ficcional* como estrategia, partiendo desde el diálogo entre Derecho y Literatura, y sumando el aporte de la argumentación jurídica. Con todo ello se busca dar *buenas razones* para un adecuado ejercicio ponderativo de principios y valores.

Por qué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de «natural» la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación). Conecta a la filosofía del derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el derecho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda, de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática. (Atienza, 2014, p. 317).

La visión argumentativa enriquece el aporte transdisciplinario del Derecho *en* la literatura a la vez que se beneficia de él. La “aproximación «crítica» al Derecho desde la Literatura” (Falcón y Tella, 2015, p. 61) expande la argumentación. Aunque no parezca necesario aclararlo, esta interrelación en nada afecta a la crítica racional, pues, “la narrativa y la imaginación literaria no solo no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales.” (Nussbaum, 1995, p. 15).

En suma, el caso difícil encuentra respuesta justificada en el triple diálogo racional. La ficción literaria aproxima a la visión humana del problema al permitir al operador jurídico situarse en el lugar del otro, el derecho aporta el marco regulador, y la argumentación asegura las buenas razones indispensables para sostener toda decisión.

Por su complejidad, la cuestión puede ser analizada desde perspectivas múltiples. A continuación, me detengo sobre dos de ellas: la de los comitentes, quienes tienen voluntad procreacional y persiguen concretar su derecho a la vida familiar; y la de la gestante que lleva adelante el curso del embarazo.

7 EL DERECHO HUMANO A LA VIDA PRIVADA, FAMILIAR Y A LA PROCREACION DE LOS COMITENTES (PADRES DE INTENCION).

En la novela se observa hasta qué punto se vulnera el derecho a la vida privada y familiar de Giose, quien debe renunciar a cuidar de su hija luego de la muerte de su pareja, en tanto éste era el único que poseía el vínculo filial.

El silencio normativo en la legislación argentina puede significar un riesgo similar, si quien debe decidir lo hace desde una visión legal reduccionista.

Buscar una respuesta satisfactoria, correcta, en un Estado de Derecho Constitucional como el argentino, implica que el punto de partida argumental no puede ser otro que el paradigma de los Derechos Humanos. Ello es así, pues la cuestión involucra, en forma directa, el derecho humano a la vida privada y familiar y, en su marco, el derecho a la procreación. De manera tal que lo primero que se debe indagar es si existe un derecho humano a ser padres.

El sistema constitucional-convencional argentino incluye los tratados de derechos humanos a los que la Constitución Argentina les otorga jerarquía constitucional, luego de la reforma de 1994. Éstos, se entienden jerarquizados en las *condiciones de vigencia*. Ello significa de la manera en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina. Dicho de otro modo, con las reservas que se hubieren hecho, como así también con el alcance interpretativo que debe darse a las cláusulas del tratado, conforme la jurisprudencia internacional (Gelli, 2005, p. 712-713).

En este contexto, el derecho a la vida familiar reconoce protección expresa en distintas convenciones internacionales y en la propia Constitución Nacional. La fuente internacional surge del art. 16, párrafo 3, de la Declaración Universal de Derechos

Humanos; del artículo 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del art. 17-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del art. 10-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Constitución Nacional, por su parte, reconoce estatus constitucional a la “protección integral de la familia” en su artículo 14 bis. Lo dicho significa que toda persona tiene el derecho a fundar una familia, la que goza de protección estatal.

Ahora bien, debido a que los instrumentos internacionales y la Constitución Nacional otorgan protección a la “familia”, pero no definen qué se entiende por ella, nos encontramos ante una categoría lingüística indeterminada (Gil Domínguez: *Et al*, 2006, p. 73). Por lo tanto, es menester definir cuál es el concepto de familia protegido en clave constitucional-convencional.

El derecho de los derechos humanos acepta que la protección comprende tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial (Gelli, 2005, p. 175)¹⁰, y deben considerarse incluidas las familias ensambladas, las familias monoparentales, etcétera. Es un dato sociológico que nuevos tipos de *familias* podrán ir agregándose a la categoría indeterminada. No interesa la orientación sexual de sus miembros, pues, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención (Corte IDH, causa “Atala Riffo”, pár. 91).

La visión pluralista no es nueva ni exclusiva de la República Argentina o del ámbito americano. En el caso “Marckx c/Bélgica”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos explicó que la expresión “vida familiar” no está limitada a las relaciones fundadas en el matrimonio y que la noción de familia debe ser interpretada “conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura” (Kemelmajer de Carlucci, 2002, p. 233). El criterio fue ratificado en las causas “Keegan c/Irlanda” y “Kroon c/Países Bajos”. Más adelante, en el caso “S.H. y ot. vs. Austria”, la Corte reiteró que la noción de “vida privada” es un concepto amplio que abarca, entre otros, el derecho a “establecer y desarrollar relaciones

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, inciso 5); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, 3er. ap.); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16, inciso d); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

con otros seres humanos” y el “derecho al desarrollo personal” o a la libre determinación.¹¹ Con respecto al derecho a la vida familiar y las parejas del mismo sexo, en la causa “Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria”, 2010 (cit. en: Kemelmajer de Carlucci, *Et al*, 2010, p. 263 y ss.) reconoció que las relaciones de estas parejas caen dentro de la noción de *vida privada* y deben considerarse forma de *vida familiar*. En otras palabras, y conforme la doctrina de este Tribunal Europeo, cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una *vida familiar* protegida por el Convenio, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional (Santolaya Machetti, 2004, p. 79).

Por eso, el concepto de familia que el Estado debe proteger es el que reconoce “un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos” (Gil Domínguez, *Et al*, 2006, p. 76).

Sentado el derecho humano a la vida familiar de toda persona, corresponde analizar si el este paradigma incluye el de procrear y proyectarse en los hijos. La Corte IDH ha fijado posición al respecto, reconociendo tal derecho como integrante de la vida privada (Corte IDH, causa “Artavia Murillo”). En efecto, luego de precisar en qué consiste el concepto amplio de salud reproductiva, la Corte traza la relación entre la vida privada y la libertad reproductiva con el acceso al progreso científico (Corte IDH, causa “Artavia Murillo”, párr. 150).

La Corte IDH no deja margen de duda cuando fija el alcance de los derechos. El derecho a la vida privada y familiar está vinculado al de autonomía reproductiva; toda persona puede beneficiarse con el progreso científico y con el “acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.” (Corte IDH, causa “Artavia Murillo”, párr. 146 y ss.).

¹¹ TEDH, S. H. y otro vs. Austria (más intervención del gobierno alemán). La Corte entendió que el derecho al respeto de las decisiones de tener o no tener un hijo y a hacer uso de las técnicas de procreación asistida integra la identidad de una persona y cae dentro de la esfera de protección del art. 8.

Esta perspectiva de análisis se potencia porque el artículo 2 del CCyC fija como pauta interpretativa, entre otras consideraciones, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos.¹²

De manera que, en el caso argentino, se puede concluir que las parejas cuyos miembros se encuentren impedidos de llevar adelante un embarazo, y desistan, por la razón que sea, del trámite de adopción, verán conculcados sus derechos humanos, si se les niega el acceso a esta forma de maternidad y paternidad. Si bien es cierto que no existe una norma escrita que regule el instituto (que lo admita), también lo es que ninguna lo prohíbe (conf. art. 19 CN). Este criterio *constitucional* es el que sostiene parte de la doctrina (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones unánimes de la Com. 6, 2015) y la jurisprudencia reciente (los dos últimos fallos: Juzg. Viedma, 2017, expte. reservado; JNCiv. N° 81, 2017, expte. “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación filiación”).

8 LA DIGNIDAD DE LA GESTANTE

Uno de los argumentos de quienes se oponen a la GS es el que expresa que, con esta práctica, se viola la dignidad humana de la gestante. No se comparte esta crítica. Al menos no sucede así en la modalidad *altruista* y con autorización judicial *ex ante*.

Para justificar esta posición es preciso partir de una adecuada valoración de los principios morales que sustentan los derechos humanos junto al análisis constitucional-convencional. Para Carlos Nino, los principios de cuya combinación derivan los derechos humanos son tres:

Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia [...]; el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control (Nino, 2017, p. 46).

La visión estrictamente constitucional que contienen –con acierto– algunas de las sentencias dictadas hasta el momento, fundadas en el principio de legalidad del art. 19

¹² ARTICULO 2° CCyC. “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

CN, podría ser reforzada con una mirada filosófica de tales principios. En especial, el de dignidad y el de autonomía, ambos en interrelación necesaria.

El principio de dignidad es el primer atributo de la persona que la distingue del resto de los seres de la naturaleza (Prieto Alvarez, 2005, p. 22; Perez Luño, 2005, p. 111). Se trata de un atributo fundamental reconocido por la filosofía moral, que indica que todo individuo tiene derecho a ser respetado como tal, es decir, como ser humano con todos los atributos que lo definen.

Es la columna vertebral del sistema de derechos humanos que debe ser estudiado desde el campo de la razón práctica, excluyéndose así cualquier otra pretendida justificación (por ejemplo, las derivadas de las creencias). ¿Por qué la razón práctica? Pues, porque “La razón humana no es únicamente razón teórica, capaz de conocer, sino también razón práctica, capaz de determinar la voluntad y la acción moral.” (Reale y Antiseri, 1995, p. 760).

Puede convenirse con quienes se oponen a esta práctica, que el concepto moderno de dignidad surge de la filosofía ética kantiana. En concreto, está expresado en la segunda formulación de su imperativo categórico, conocida como fórmula de *humanidad*, que expresa: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 2012, p. 139). En este sentido, debe valorarse que Kant establece tanto deberes para consigo mismo como para con otro; asimismo, el valor que corresponde asignarle a la voluntad y a los fines.

La consideración del hombre lo es como un fin en sí mismo y, en tanto se trata de un imperativo *categórico*, esta noción es vinculante de manera *absoluta*. El concepto de voluntad debe ser entendido como la capacidad, propia de todo ser racional, de auto-determinarse a obrar según la representación de ciertos principios. El concepto de fin, como se sabe, tiene para Kant tiene un valor relativo:

los «fines» que una voluntad racional se propone como efectos de sus acciones son «relativos», ya que sólo la relación de los mismos con la voluntad les confiere algún valor. Ahora bien, estos fines «relativos» no pueden ser fundamento de un «imperativo categórico» –es decir, de un mandato absolutamente incondicionado–, sino que sólo pueden dar lugar a «imperativos hipotéticos». (Beade, 2016, p. 25).

Fijar el *principio supremo de la moralidad* implica reconocer que no hay algo *bueno* en sentido absoluto, “con excepción de una «buena voluntad», esto es: una voluntad buena en sus propósitos, independientemente del éxito que pueda alcanzar en la realización de los fines que se propone. Una voluntad buena posee valor absoluto.” (Beade, 2016, p. 25).

Y la voluntad se expresa con una acción, la acción moral que tiene en miras a un valor fundamental: el *valor de la humanidad*. Una acción moral es buena –de manera incondicional– si la guía un valor incondicional. (Rivera Castro, 2004, p. 4).

La noción de hombre, fin en sí mismo (de valor absoluto), se diferencia de la noción de “cosa” que sirve como medio (valor relativo) para la realización de (otros) fines. Ello significa que lo que es un fin en sí (persona humana) no puede ser utilizada como medio para la consecución de otros fines. La humanidad es pensada *fin* en virtud de que “proporciona a la voluntad [racional] un fundamento objetivo para su autodeterminación.” (Beade, 2016, p. 26).

Estas nociones son las que se introducen en la segunda formulación del imperativo categórico que se está estudiando. En ese marco, la *intersubjetividad* nos impone el mandato –a todo hombre– de no violar la *dignidad* del otro (su voluntad racional, de utilizarlo *solo* como medio), pues eso importaría violentar la ley moral.

En rigor, las tres formulaciones del imperativo categórico (ley universal, humanidad y autonomía) son equivalentes porque son formulaciones del mismo principio. De manera que su análisis no puede hacerse por compartimentos separados. Por eso se ha dicho que: “Actuar de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales es lo mismo que tratar a la humanidad siempre como fin y nunca como un mero medio, lo cual, a su vez, es lo mismo que actuar de manera autónoma.” (Rivera Castro, 2004, p. 5).

Interesa, entonces, resaltar la interrelación entre las fórmulas *humanidad* y *autonomía*.

[...] En ello reside, según se ha indicado, la ‘dignidad’ del hombre: en su capacidad de no obedecer a ninguna otra ley más allá de la que él se dicta a sí mismo (cf. Kant GMS AA 4: 434), es decir, en su ‘autonomía’, entendida aquí como la facultad de la voluntad de “dar leyes universales, aunque con la condición de quedar sometida ella misma a esa legislación” (Kant GMS, AA 4: 400). La ‘autonomía’ no sólo eleva nuestra dignidad por encima del valor de todo ser natural (cf. Kant GMS, AA 4: 436), sino que es además “el fundamento de la dignidad

humana y de toda naturaleza racional” (GMS, AA 4: 436). (Beade, 2016, p. 26-27).

Los fines representados como deberes para sí mismo pretenden la *propia perfección* (valor de la humanidad en la propia persona). Los fines representados para con otros, la *felicidad ajena*. La *propia perfección* está dada en el desarrollo de nuestras propias capacidades tales como el entendimiento y la voluntad, en superar la ignorancia, en rectificar errores, en suma, en el esfuerzo personal. Podría decirse que el fundamento de estos deberes reside “en la dignidad propia de la humanidad: la propia perfección es, en efecto, uno de los ‘fines’ que nos representamos necesariamente como ‘deberes’, pues debemos ‘hacernos dignos de la humanidad que habita en nosotros’ (cf. Kant MS, AA 6: 387).” (Beade, 2016, p. 28).

Esta concepción implica considerar que determinados fines valen como deberes. De esta manera se otorga razón de existencia a la ética kantiana. Si no se considerara válida esta proposición, en razón de que toda acción humana contiene un fin, todos los fines podrían ser interpretados solo como medios; si así fuese se impediría la construcción de cualquier imperativo categórico (Beade, 2016, p. 28). En cuanto a deberes para con otros, el concepto de *felicidad ajena* importa guías de acción altruistas, como por ejemplo la benevolencia o solidaridad y, por ello, en principio, quedaría excluido todo lo que tenga precio.

La obligación moral para Kant es, entonces, para con la humanidad¹³; ello significa que no solo debe considerarse al otro como fin en sí mismo, sino también en lo atinente a su propio fin. Por lo tanto, contribuir a que otros puedan realizar sus propios fines implica reconocer su dignidad. “Parte de lo que significa tratar a alguien como un fin es que esa persona pueda consentir a mis acciones.” (Rivera Castro, 2004, p. 6).

En razón a lo expuesto, la visión de dignidad que surge de la propia filosofía kantiana no parece opuesta a la GS altruista.

La dignidad posee íntimas vinculaciones con el principio de libertad: hace inviolable y exenta de interferencias la órbita de la intimidad o privacidad; preserva la moral autorreferente; da curso al desarrollo individual del propio plan de vida por más que sea considerado disvalioso o resulte incómodo para los demás, mientras no los

¹³ “Por *humanidad* Kant entiende la capacidad racional que tenemos los seres humanos de proponernos fines.” (Rivera Castro, 2004, p. 6).

afecte, y permite sostener el principio de que solo bienes sociales superiores convalidan la injerencia del Estado o de los demás en esa esfera (Bidart Campos, 1991, p. 77). “La difusa pero poderosa idea de la dignidad humana estriba en esa afirmación de la autonomía personal, sin la cual cualquier discurso moral carece de sentido” (Hierro, 2001, p. 25).

NINO sostiene la siguiente relación entre los tres principios fundantes de su teoría filosófica:

[...] así como el principio de inviolabilidad establece la *función* de los derechos y el principio de autonomía [...] su *contenido*, el principio de dignidad es el que está subyacente a la *dinámica* de tales derechos, porque es el que fundamenta la posibilidad de sus beneficiarios de operar con ellos, renunciando a algunas de las ventajas a las que tenían derecho a cambio de otras en persecución de sus distintos fines. (NINO, 2017, p. 293).

El principio de autonomía o libertad de intimidad tiene recepción expresa en el sistema constitucional-convencional. Entre los instrumentos internacionales lo estipulan la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12); el artículo V de la Declaración Americana de Derechos Humanos, el art. 11.2 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica); el artículo 17, ap.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Constitución Nacional lo hace en el artículo 19 que expresa:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Esta norma se constituye en el engranaje fundamental de la vida en la sociedad argentina. Para Nino, los conceptos *acciones privadas de los hombres*, *acciones que no ofendan el orden y la moral pública* y *acciones que no perjudiquen a terceros* deben ser entendidas como co-extensivas, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones (Nino, 1992, p. 316-317).

La privacidad protegida no está limitada a las acciones internas, sino que también comprende ciertas acciones externas (Nino, 1992, p. 304). La visión liberal igualitaria de la Corte Federal, en su primera composición luego de recuperado el sistema democrático

de gobierno, ratifica el rumbo que no admite dudas respecto a cuál debe ser el criterio rector interpretativo del principio de autonomía.¹⁴

La contrapartida al principio de autonomía, su “gran enemigo” (Saba, 2014, p. 38-60) es el *perfeccionismo*. Bajo esta mirada, lo que es bueno o conveniente para el individuo no radicaría en su elección libre de una forma de vida, sino en lo que el Estado determine. Es fácil advertir que esta posición perfeccionista no es la que recepta el artículo 19 de la CN. En “Sejean” (CSJN, causa “Sejean”) se advierte un claro ejemplo del límite que se impone al perfeccionismo estatal y se sientan las bases de una doctrina sobre la protección de la autonomía personal, con impacto especial en el derecho regulatorio de las familias.

¿Y cómo se traducen estos postulados en la GS altruista?

La respuesta es simple: se trata de respetar la decisión de los sujetos racionales que se auto legislan (se dictan la ley moral a sí mismos, ley universal, objetiva) y deciden por voluntad (autonomía) satisfacer sus propios fines (tratándose y tratando a los demás como fines en sí mismos). De esa manera la dignidad de la gestante no está comprometida. Y la decisión de quien gesta para otro no debe ser interceptada por injerencias de terceros, incluido el Estado, aun cuando no compartan su moral autorreferente, propia de su ser racional.

Se ha dicho que el principio de dignidad impone tratar a la humanidad, tanto en su persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca *simplemente* como un medio¹⁵. Desde este lugar, en la GS altruista, si una persona considera para sí que gestar para otros es un acto moral, esto es, que responde a su autodeterminación voluntaria, y, a su vez, no transgrede el límite de dignidad del otro (en todo caso lo enaltece al facilitarle el desarrollo de su proyecto de vida familiar), no existe afectación a su dignidad.

Por último, no puede presumirse que la voluntad de la gestante se encuentre viciada por el solo hecho de aceptar este cometido, ni condicionada por una situación de vulnerabilidad. Ello sin perjuicio que sea necesario constatar, en todos los casos, la

¹⁴ “Deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.” (CSJN, “Bazterrica”, párr. 12).

¹⁵ En ocasiones se utilizan en la formulación los adverbios “solamente” o “sólo”, de idéntica significación.

ausencia de engaño o coacción (Rivera Castro, 2009). De ahí la importancia del control judicial anterior.

9 OTROS ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS

Antes de la sanción del CCyC, cierto sector de la doctrina nacional se oponía al acuerdo de GS, en cualquiera de sus modalidades, altruista o lucrativa (Zannoni, 1998, p. 533; Rivera, 2007, p. 414; Borda, 2008, p. 28; Méndez Costa y D' Antonio, 2009, p. 71; Sambrizzi, 2010, p. I; Belluscio, 2006). La crítica se potenció cuando se conoció el proyecto de CCyC y éste fue enviado al Congreso Nacional (Sambrizzi, 2012). De alguna manera surtió efecto entre los legisladores, pues la GS altruista proyectada fue excluida del código sancionado.

No obstante, ninguno de los argumentos expuestos en contra, cuyos enunciados se sintetizan a continuación en cursiva, logran conmovir las ventajas de regularla, tal como estaba prevista. La réplica argumentativa que se hace a continuación refuerza esta posición.

- a) *Se trata de un contrato que atenta contra la moral*: Esta apreciación nos obliga a repasar qué se entiende por *moral pública* (a ella se alude, pues la *moral privada*, como se sabe, está exenta de la autoridad de los magistrados –art. 19 CN–). En tal sentido, debe recordarse que la moral intersubjetiva no implica otra cosa que respetar la máxima de no perjudicar a terceros. Así fue interpretado por la jurisprudencia de la Corte Federal (CSJN, voto del Dr. Bacqué, cons. 6°, en la causa “Sejean”, 1986; Nino, 2017, p. 204-205). De manera tal que, en la GS altruista, donde se parte de la premisa de un ejercicio de la autonomía de la voluntad de la gestante de fin noble, no puede pensarse válidamente que exista afectación de terceros. Este contraargumento tiene su correlato en la filosofía moral de visión liberal igualitaria que sustenta la Constitución Nacional.
- b) *La mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un contrato nulo de nulidad absoluta, pues su objeto está fuera del comercio*: Desde el punto de vista de la argumentación jurídica, recurrir al principio autoritativo (en este caso, a la *mayoría de la doctrina*) tiene un valor relativo y menor. Salvo en expresiones demagógicas, no se admite que las mayorías tengan –por esa sola contingencia– la razón. Pero, además, quienes así se expresan, lo hacen desde un juicio previo

de naturaleza ideológica antes que de una decisión justificada. No debe perderse de vista que el objeto de la GS no es el niño, sino la gestación. Dicho de otra manera, lo que los comitentes pretenden no es un derecho *al* niño, sino el respeto de sus derechos reproductivos, a la paternidad y maternidad.

- c) *Se trata de un contrato que atenta contra el orden público*: El orden público familiar no está sujeto a postulados inmóviles; ha de pensarse más bien lo contrario, si se consideran las importantes transformaciones sociales, y del derecho a beneficiarse con los avances científicos. En tal sentido, para definir su contenido se debe, en cada caso, ponderar los principios de autonomía y de dignidad, condicionados por la responsabilidad familiar y la solidaridad. El peso de uno u otro dependerá de la institución de derecho familiar que se valore. En la GS altruista, no parece que esta interferencia sea significativa.

Por otra parte, el argumento de que el cuerpo (o sus partes) están fuera del comercio y, por lo tanto, cualquier contrato sobre él (o sus partes) violentarían el orden público, no se sostiene en la actualidad. Ni filosófica ni jurídicamente. A modo de ejemplo, repárese en las previsiones de la ley de trasplantes de órganos 24.193 y su modif. 26.066.

- d) *El contrato de GS implica una explotación de la mujer, física y económicamente*: Dado que estamos ceñidos a la GS altruista (tal como estaba proyectada) en la cual concurren fines *meta* económicos de la gestante, no cabe aquí refutar este argumento. Tan solo se dirá que no debe presumirse tal explotación. En todo caso, es una evidencia más de la necesidad de contar con un adecuado control judicial *ex ante*.

Asimismo, este argumento puede ser contrarrestado con otro respecto del cual, quienes se oponen a la GS, nada dicen. Existen numerosos contratos de trabajo, regulares o simulados bajo figuras civiles contractuales, que exigen un aporte físico del trabajador, cuya nota típica, a su vez, es la dependencia económica de la contraprestación. Pero, como se anticipó, la complejidad de la *GS no altruista o lucrativa* excede el margen de estudio de esta propuesta.

- e) *La práctica afecta el Interés Superior del Niño*: No se conoce evidencia empírica ni estudio de psicología prenatal que indique que el niño que nace a través de esta práctica sufra algún daño específico, ni siquiera potencialmente. En rigor, las

estadísticas (Universidad de Cambridge, según Lamm, 2013, p. 224 y ss.) señalan lo contrario. Además, en la GS *ex ante* el argumento negativo encierra en sí mismo una paradoja que lo descalifica: no se sostiene la afectación del Interés Superior de un niño que, de no haberse materializado la voluntad procreacional de los comitentes, no habría nacido.

- f) *Se trata de una práctica antinatural*: Esta formulación excluye la razón práctica en cuyo marco se pretende encontrar soluciones justificadas al problema jurídico planteado. A su vez, en esta crítica subyace una postura *esencialista* que es solo una visión que se contradice con las evidencias. Así, nótese que nadie parece dudar de la *esencia* humana de un niño o niña que haya nacido por aplicación de otras TRHAs diferentes a la GS. En suma, el concepto de lo que es *natural* y de lo que no lo es escapa al ámbito de conocimiento en el que estamos inmersos y, a la vez, contrarresta la naturaleza humana de otros niños o niñas nacidas por otras TRHAs diferentes a la GS.
- g) *Los comitentes podrían adoptar*: Esta afirmación se rebate mediante dos argumentos puntuales. En primer lugar, desconoce que en la realidad argentina es muy difícil concretar una adopción a causa de que hay pocos niños o niñas en situación de adoptabilidad, en comparación con la cantidad de parejas inscriptas en los registros respectivos (según el Registro mendocino, la espera puede alcanzar diez años). En segundo lugar, demuestra una clara interferencia perfeccionista en el proyecto de vida privada y familiar que se contrapone al sistema constitucional-convencional argentino y a la jurisprudencia de la Corte IDH (causa “Artavia Murillo”¹⁶).

10 CONCLUSION

La respuesta a la pregunta: ¿puede un juez argentino autorizar *ex ante* un contrato de GS altruista, a pesar de no contar con una norma legal positiva expresa?, es afirmativa. Y no solo por el fundamento constitucional (art. 19 CN), sino también porque lo avala

¹⁶ Causa Artavia Murillo, Pár. 149: “La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.”

una perspectiva iusfilosófica, aquella que analiza la interrelación de los principios fundantes de los derechos humanos (dignidad, autonomía e inviolabilidad).

La relación triple Derecho-Literatura-Argumentación Jurídica favorece el análisis del aparato crítico que permite llegar a una conclusión justificativa coherente con los derechos humanos y consistente con la filosofía liberal igualitaria que sustenta el sistema constitucional-convencional.

El enfoque transdisciplinario permite, desde una mirada nueva, advertir cómo interactúan la voluntad y los fines de las personas en un sistema comparado (el de la ficción y el real). La moral autorreferente de cualquiera de los sujetos racionales involucrados en la GS altruista rebate los argumentos críticos negativistas. La voluntad opera como centro del principio de autonomía en la elección libre de los planes de vida, cuyo límite está dado por la autonomía del otro.

Solo cabe esperar, entonces, que alguno de los cuatro proyectos de ley que en la actualidad tienen estado parlamentario en la Argentina encuentre recepción favorable. Es que un adecuado marco normativo contribuirá a evitar las situaciones injustas y atentatorias de derechos fundamentales que la omisión legislativa genera. Se propicia, en especial, la regulación de la figura de modo similar a la que estaba prevista en el proyecto de CCyC, que se entiende protectora de los derechos fundamentales de todos los involucrados.

REFERENCIAS

*AMERICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias.

--Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", 24 feb. 2012.

--Caso "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica", 28 nov. 2012.

*ARGENTINA.

--Constitución Nacional.

--Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 1 oct. 2014 (B.O. 28/10/2014). Vigencia a partir del 1 ago. 2015, texto según Ley 27.077 (B.O. 19/12/2014).

--Ley 26.862 de 5 jun. 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (B.O. 26/06/2013).

--Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencias.

--Causa "Ponzetti de Balbín, Indalia y ot. c/ Ed Atlántida SA", 11 dic. 1984 (JA 1985-I-313; ED 112-242).

–Causa “Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María s/inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”, 27 nov. 1986 (F.308:2286).

–Causa “Bazterrica, Gustavo Mario s/Tenencia estupefacientes”, 29 ago. 1986 (F.308:1392).

–Causa “Portillo, Alfredo s/infr. Art. 44 ley 17.531”, 18 abr. 1989 (F.312:496).

–Causa “González Delgado, Cristina y o/s c/ Universidad Nacional de Córdoba”, voto del Dr. Petracci, 19 set. 2000 (F. 323:2659).

–Otros precedentes jurisprudenciales

–Juzgado de Familia Nro. 7. Viedma. Río Negro. Expte. N° [...] “Reservado s/ Autorización Judicial”, 06 jul. 2017.

–Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 81, Partes: “S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de Filiación”, 14 jun. 2017. Publicado en: LA LEY 27/07/2017, 27/07/2017, 6 - RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 116. Cita Online: AR/JUR/37036/2017.

–XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, Conclusiones de la Comisión 6 de Familia, Bahía Blanca, 2015. Disponible en: <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>. Acceso en: 24 ago. 2017.

*ATIENZA, Manuel. Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N°37. 2014. ISSN: 0214-8676.

*BEADE, Ileana, 2016. Acerca del concepto de dignidad humana en la filosofía kantiana: del hombre como fin en sí mismo al hombre como ciudadano del mundo. En: *Revista de Estudios Kantianos*, Vol. 1, Núm. 1, ISSN-e: 2445-0669, p. 24-38, Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/REK/article/view/6467/pdf>. Acceso en: 15 ago. 2017.

*BELLUSCIO, Augusto, *Manual de derecho de familia*, 8ª ed., act. y ampl., t. II. Buenos Aires: Astrea, 2006.

*BERNAL PULIDO, Carlos. El carácter fundamental de los derechos fundamentales. En: CLERICO, Laura, SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011. P. 91-110.

*BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

*BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I-A, edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ediar, 2000.

*BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

*CALVO GONZALEZ, José. Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. En: ROGGERO, Jorge (compilador) *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Buenos Aires: Eudeba, 2015, p. 171-194. También En: *Enciclopedia de Filosofía Jurídica*, UNAM, Capítulo 19. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=enciclopedia>. Acceso en: 6 ago. 2017.

*CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed. act. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1995.

*COLAUTTI, Carlos E., *Derechos Humanos Constitucionales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

*ESPAÑA. Ley 14/2006 de 26 de mayo. Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

*EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fallos:

--“Marckx c/Bélgica”, 13 jun. 1979.

--“Keegan c/Irlanda”, 26 mayo 1994.

--“Kroon c/Países Bajos”, 27 oct. 1994.

--“S. H. y otro vs. Austria (más intervención del gobierno alemán)”, solicitud 57.813/2000, 1 abr. 2000.

--“Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria”, solicitud 30.141/2004, 24 jun. 2010.

--“Paradiso y Campanelli c. Italia”, 25358/12, 24 ene. 2017.

--“Mennesson y Labassee c. Francia”, nº 65192/11 y nº 65941/11, 24 jun. 2014.

--“Foulon y Bouvet c. Francia”, asuntos 9063/14 y 10410/14, sec. 5ª, 21 jul. 2016.

--“Laborie c. Francia”, asunto 44024/13, sec. 5ª, 19 ene. 2017.

*FALCON Y TELLA, María José, *Derecho y Literatura*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

*FARNOS AMOROS, Esther. Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *En: Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona*. Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, 2017, 40: 231-242

*GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Tercera Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley, 2005.

*GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médicas Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales. *En: DFyP 2013 (agosto)*, 20/08/2013, 24, Cita Online: AR/DOC/2629/2013.

*GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 2006.

*HIERRO, Liborio. El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho; *En: MARZAL, Antonio, (ed.) El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: Esade, Facultad de Derecho, 2001.

*ITALIA. Ley 40/2004. De 19 feb. 2004.

*KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres [Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785], trad. Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid: Alianza, 2012.

- *KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Alberdi, precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia. *En: Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 2002.
- *KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; ROMERO, Clara y HERRERA, Marisa. Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010-III.
- *KEMEMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y DE LA TORRE, Natalia: *La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia"*, Publicado en: Diario LA LEY de 13/03/2017. Cita Online: AR/DOC/610/2017.
- *LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. ISBN 978-84-475-3757-0.
- *LA NACION ONLINE. www.lanacion.com.ar. 2017. Alquiler de vientres. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/2006705-alquiler-de-vientres>. Acceso en: 24 de ago. Año 2017.
- *MAZZUCCO, Melania, *Eres como eres*, tr. Xavier González Rovira, 1ª edición. Barcelona: Anagrama, 2016. ISBN: 978-84-339-7942-1.
- *MENDEZ COSTA, Josefa y D' ANTONIO, Daniel, *Derecho de Familia*, t. III. Buenos Aires – Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- *NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- *NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2ª edición ampliada y revisada, 4ª reimposición. Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre: Astrea, 2017 (1ª ed. 1984).
- *NUSSBAUM, Martha, *Justicia Poética*, La imaginación literaria y la vida pública, traducción de Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1995.
- *OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. *En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 29, 2006, p. 333-348.
- *OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. *En: ROGGERO, Jorge (compilador) Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Buenos Aires: Eudeba, 2015, p. 153-170.
- *PEREZ LUÑO, Antonio E., *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 34. Madrid: Dykinson, 2005.
- *PRIETO ALVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- *REALE, Giovanni y ANTISERI, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, II. Del Humanismo a Kant. Barcelona: Editorial Herder, 1995.
- *RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.

*RIVERA CASTRO, Faviola. El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres, *En: Revista Digital Universitaria UNAM*, Volumen 5, Número 11, 2004. ISSN: 1067-6079. http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf. Acceso en: 12 ago. 2017.

*SABA, Roberto, *Sejean* y la concepción liberal de la sociedad. *En: KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (Directoras), Máximos Precedentes. Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

*SAMBRIZZI, Eduardo. *El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada*. Buenos Aires: Diario La Ley de 03/08/2010.

*SAMBRIZZI, Eduardo A. La maternidad subrogada (gestación por sustitución).” [en línea]. *En: Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, El Derecho, 2012. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>. Acceso en: 15 ago. 2017.

*SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Institut de Pret Public, 2004.

*WORD HEALTH ORGANIZATION ON LINE. www.who.int 2010. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1. Acceso en: 24 ago. 2017.

*ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 1998.