

## **ANÁLISIS DE UN FALLO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA**

### **ANALYSIS OF A VERDICT ON SURROGATE MOTHERHOOD IN THE LIGHT OF THE DOCTRINE OF ARBITRARINESS OF SENTENCE**

Recibido: 15/12/2017 – Aceptado: 10/03/2018

**Silvia Estela Marrama<sup>1</sup>**



<http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>

Universidad Autónoma de Entre Ríos (Argentina)

[silviaemarrama@gmail.com](mailto:silviaemarrama@gmail.com)

<sup>1</sup> Abogada-Mediadora Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario, Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Investigadora categorizada (Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación).

## Resumen

En esta investigación sobre la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación, aplicada a un fallo sobre maternidad subrogada, se demuestra que la sentencia analizada es infundada por incurrir en exceso hermenéutico, funcional y dogmático.

**Palabras clave:** Arbitrariedad de sentenci; Defecto de fundamentación; Hermenéutica; Interés superior del niño; Maternidad subrogada.

## Abstract

In this investigation into the doctrine of the arbitrariness of judicial sentences due to the lack of grounds applied to a verdict on surrogate motherhood; it is shown that the sentence analyzed is unfounded due to hermeneutic, functional and dogmatic exceedance.

**Keywords:** Arbitrariness of judicial sentence; Lack of grounds; Hermeneutics; Child's best interest; Surrogate motherhood.

## Sumario

1. Introducción
2. El caso
3. Análisis doctrinario
  - 3.a. Exigencia constitucional de legalidad
  - 3.b. Exigencia constitucional de razonabilidad
  - 3.c. Fundamentación y motivación de las sentencias
4. Sentencias infundadas
  - 4.a. Exceso hermenéutico
  - 4.b. Exceso funcional
  - 4.c. Exceso dogmático
5. Iura novit curia
6. Nulidad de la sentencia
7. Excursus
8. Conclusión
9. Bibliografía

## 1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es desarrollar brevemente la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación y aplicarla al análisis de un fallo sobre maternidad subrogada<sup>2</sup>.

Del análisis referido se concluirá que la sentencia incurre en un exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos proyectados no vigentes. Asimismo se demostrará que la hermenéutica judicial efectuada en el fallo es inexacta e indebida, que el juez –en violación de la separación de poderes– se apartó dogmáticamente del derecho vigente, cuya aplicación al caso hubiese concluido en una decisión justa y razonable.

2 JNCiv., Nº 81, "S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación", 14/06/2017; RC J 3934/17.

Esta pretende ser, por lo tanto, una breve investigación aplicada<sup>3</sup> sobre la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación.

## 2. El caso

El caso se origina con la demanda de impugnación de filiación extramatri-monial de los coactores contra la mujer gestante que diera a luz un niño, para que se la desplace del estado de madre de aquel y se ordene la emisión de una nueva partida de nacimiento donde consten como padres. Alegan que la gestante –quien se allana a la demanda– se ofreció para ayudarlos de forma libre, altruista y desinteresada para que pudiesen tener un hijo, prestando su consentimiento libre y espontáneo a la transferencia a su vientre del óvulo aportado por una tercera mujer y fecundado con material genético masculino aportado por uno de los coactores<sup>4</sup>. El niño, nacido el 4 de junio de 2015, fue inscripto el mismo año, de oficio, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, consignándose como madre a la gestante y como padre al actor no relacionado biológicamente con el niño.

Luego de celebrarse una audiencia a la que fueron convocadas las partes, la tutora *ad litem* del niño y a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, y del dictamen emitido por los Ministerios Públicos Fiscal y Pupilar, se resuelve hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar que el niño no es hijo de la gestante que lo dio a luz sino de los coactores. Asimismo se ordena librar oficio al instituto médico que intervino en el procedimiento de fertilización y de transferencia embrionaria, haciéndole conocer su deber de mantener reservada la documentación correspondiente, a fin de que el niño pueda requerir a futuro,

3 Tal como sostiene la doctrina especializada, es una investigación aplicada en tanto “Si la orientación es hacia el examen de los datos de la experiencia jurídica, también en ésta nos encontramos en el orden de la construcción sistemática de los conceptos, aún cuando hay una realidad empírica que analizar”. LARA SANCHEZ, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. 1ra. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág.43.

4 “El nacimiento de J. P. fue a través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida utilizándose ovodonación y material genético de ambos, de los preembriones transferidos a C. se implantó y tuvo vida sólo el embrión que fuera conformado por ovodonación y material genético de L.” (confrontar punto a) de las results de la sentencia).

por sí, los datos médicos de la donante y, eventualmente, por razones fundadas, su identidad. Por último, se ordena librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas –en los términos del artículo 559 del Código Civil y Comercial (en adelante, art. y CCyC)–, y notificar a los Ministerios.

Al fundar la sentencia, el juez incurre en arbitrariedad por exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos proyectados no vigentes –proyectos legislativos de regulación de la gestación por sustitución– en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas vigentes aplicables –tales como el art. 9 de la ley N° 26.994, y los arts. 562 y art. 620 CCyC, entre otros–. Una correcta aplicación del derecho hubiese concluido en el rechazo de la impugnación de la maternidad y en la confirmación de la inscripción del niño como hijo de quien lo dio a luz.

Si bien esta sentencia ha sido comentada por la doctrina especializada<sup>5</sup>, no se la ha analizado bajo el aspecto de su arbitrariedad por defecto de fundamentación. Por otra parte, cabe señalar asimismo que diversos artículos de doctrina<sup>6</sup> han comentado fallos cuyo sustrato fáctico es similar al que se glosará en estas líneas, pero tampoco lo han hecho desde esta perspectiva. Ello permite afirmar que se trata de un abordaje novedoso de la cuestión.

5 BRIOZZO, María Soledad. “La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional”. *DFyP* 2017, núm. 30, noviembre. Cita Online: AR/DOC/2665/2017. NOTRICA, Federico. “Dos nuevos fallos sobre gestación por sustitución. ¿Hasta cuándo el vacío legal?”. *RDF* 2017, núm. 57. Cita Online: AP/DOC/995/2017.

6 Entre ellos, remito especialmente al lector a los enjundiosos análisis del fallo del Juz. Familia Viedma, N° 7, “Reservado s/Autorización Judicial”(f), 06/07/2017. Cita Online: AR/JUR/39473/2017, comentado por SAMBRIZZI, Eduardo A. “Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes”. *L L* 22/08/2017, 7. Cita Online: AR/DOC/2116/2017; y del fallo del Juz. N de Primera Instancia en lo Civil N° 8, “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/impugnación de filiación”, 20/09/2016, comentado por Lafferrère, Jorge Nicolás. “La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil”. *ED* 270 del 21/12/2016, núm. 14.105. Asimismo, ver MARRAMA, Silvia. “La justicia declara la validez de los “actos extrapatrimoniales” de subrogación de vientres”. *ED* 264 del 21/01/2015 núm. 13.837.

### 3. Análisis doctrinario

#### 3.a. Exigencia constitucional de legalidad

Sabido es que pesa sobre los jueces el deber constitucional de fundamentar las sentencias. Esta obligación constituye, junto con el principio de publicidad, la síntesis de una larga evolución que terminó de afirmarse como uno de los pilares del sistema democrático<sup>7</sup>.

En efecto, el Estado Constitucional o Estado de Derecho conlleva la exigencia de un mínimo inexcusable de racionalidad en todos y cada uno de los actos estatales, incluidos los actos jurisdiccionales. La referida exigencia, que fluye del art. 33 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), y nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, constituye la garantía innominada del debido proceso legal. Esta garantía sustenta la descalificación de una sentencia por irracional, es decir, por arbitraria. Por ello se afirma que el recurso contra la arbitrariedad de las sentencias emana directamente del orden público constitucional argentino<sup>8</sup>.

Dicho de otro modo, la arbitrariedad se configura cuando el órgano que dicta la sentencia lo hace al margen de su constitucional forma de actuar. Es decir que la inconstitucionalidad nace del proceder viciado del magistrado, que viola, además del debido proceso legal, el principio de legalidad<sup>9</sup>. Y dado que la legalidad constitucional puede quebrantarse en cualquier etapa de creación o aplicación del derecho, de consumarse el referido quebranto, los actos y normas producidos carecerán de sustento en la norma suprema de la cual se deriva la validez de todo el ordenamiento. La tacha de arbitrariedad de las sentencias constituye, entonces, una de las herramientas del control de constitucionalidad,

7 GUZMAN, Leandro. *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires: Astrea, 2013, pág. 11. Citado por CONTE-GRAND, Julio. En: SANCHEZ HERRERO, Andrés (dir.). *Tratado de derecho civil y comercial*. 1ra. ed. 1ra. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016. Tomo I. Parte General, pág. 48.

8 VANOSSI, Jorge R. "La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anti-constitucionalidad)". En: AAVV. *Temas de casación y recursos extraordinarios: en honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Librería Editora Platense SRL, 1982, pág. 179-209.

9 FIORINI, Bartolomé. "Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales", La Ley 03/12/57 y La sentencia arbitraria, en La Ley 19-06-68. Citado por VANOSSI, Jorge R. Op. cit. pág. 185.

en pos de afianzar la supralegalidad constitucional<sup>10</sup>.

Una de las consecuencias del principio de legalidad es la exigencia de que cualquier restricción de derechos efectuada por cualquiera de los poderes del Estado esté normativamente prevista, exigencia consagrada constitucionalmente en los arts. 14, 17, 18 y 19 CN y en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). La exigencia constitucional del principio de legalidad conlleva el debate sobre la cuestión acerca de qué debe entenderse por el término “ley”, excepto en las áreas en las cuales rige el principio de reserva legal o que se encuentran incluidas en la zona de reserva<sup>11</sup>.

El origen de la construcción jurisprudencial sobre las sentencias arbitrarias se encuentra en un *obiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en el caso “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, del que surgen claramente las notas fundamentales de las sentencias arbitrarias: son aquellas “desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes”<sup>12</sup>.

### **3.b. Exigencia constitucional de razonabilidad**

La garantía del debido proceso legal y el principio de legalidad antes mencionados se vinculan con el principio de razonabilidad, y todos ellos conforman la estructura de limitación del poder<sup>13</sup>.

El principio o mandato de razonabilidad emerge, conforme la jurisprudencia de la CSJN, del art. 28 CN, y se circunscribe al examen de la vinculación o proporcionalidad existente entre los medios empleados y los fines perseguidos por la ley que reglamenta los principios, garantías y derechos constitucionales<sup>14</sup>,

10 VANOSSO, Jorge R. Op. cit. pág. 179-209.

11 SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo. “Principio de legalidad, decretos y fallos plenarios”. En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio C. (h); ELIAS, José S.; GROSMAN, Lucas S.; LEGARRE, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjurídica, 2014. Tomo I, pág. 307 ss.

12 Fallos: 112-384.

13 GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. 2da. ed. Ampl. y act. Buenos Aires: La Ley, 2003, pág. 249.

14 Fallos: 248:800, entre otros.

y a un control de legitimidad de aquellos fines<sup>15</sup>, mientras que excluyen de este control de constitucionalidad las cuestiones políticas no justiciables, es decir, las razones de oportunidad, mérito o conveniencia del dictado de la ley<sup>16</sup>, exclusión fundada en el principio de separación de los poderes del Estado<sup>17</sup>.

Cabe aquí aclarar que los conceptos de debido proceso y razonabilidad se refieren a realidades relacionadas pero diferentes.

Debido proceso comprende una serie de garantías en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que pudiesen alterar el estado, posición, intereses o derechos de las personas, y desde una concepción más amplia, prescribe la exigencia de razonabilidad de las disposiciones estatales relacionadas en forma directa con los derechos constitucionales<sup>18</sup>.

Por su parte, la finalidad primera del principio constitucional de razonabilidad es controlar la validez sustancial de la reglamentación legislativa de los derechos constitucionales. Pero también entiende la CSJN<sup>19</sup> que el resultado de la actividad judicial en la resolución de un caso –norma individual–, debe ser razonable y proporcionado. Es decir, que el análisis o control de razonabilidad previsto por el art. 28 CN, se aplica asimismo a la norma individual creada por el juez, que avala la pretensión de las partes adversas en el proceso. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se afirma que el requisito de la razonabilidad es un estándar de control de la decisión judicial. En esta línea, la Comisión entiende que “razonablemente fundada” es una resolución que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias<sup>20</sup>.

15 Fallos: 199:145; 199:483; 299:428, entre otros.

16 Fallos: 98:20, 147: 402, 150:89, 160:247, 200-450; 224:810, 238: 60, 257:127, entre muchos otros.

17 Fallos: 155:248, 311:2580, entre otros.

18 CIANCIARDO, Juan. ROMERO, Maximiliano J. “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”. En AAVV. Tratado de los derechos constitucionales. RIVERA, Julio C. (h); ELIAS, José S.; GROSMAN, Lucas S.; LEGARRE, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I, pág. 432 ss.

19 Fallos: 310: 234, 311:2580; 321:1252; 333:1023, entre otros.

20 LORENZETTI, RICARDO L., HIGHTON de NOLASCO, Elena, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Punto III, 4. (Fecha de consulta: 10/12/2016). Disponible en web: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.



El arribo al resultado judicial razonable implica sucesivas determinaciones, tales como la elección de los hechos, pruebas y normas relevantes para el caso, y la correcta hermenéutica aplicable a ellas<sup>21</sup>. En efecto, las normas constituyen razones para resolver el caso, pero el operador jurídico debe escoger de entre ellas (normas relevantes), y escoger la interpretación de ellas (hermenéutica adecuada). Esas elecciones o determinaciones deben hacerse, a su vez, sobre la base de razones (principios jurídicos constitucionales), ya que el intérprete no puede elegir arbitrariamente.

Por todo ello se afirma que el principio de razonabilidad de la ley encuentra su necesario complemento en el principio de razonabilidad en la interpretación de la ley<sup>22</sup>.

Este criterio exigible de razonabilidad de las sentencias tiene como límite el juzgar el mero error o acierto de la sentencia en su aplicación del derecho<sup>23</sup>, e impide anular resoluciones judiciales por disconformidad en la selección, interpretación y aplicación de la ley.

### **3.c. Fundamentación y motivación de las sentencias**

La Corte Suprema tiene dicho en diversos fallos que toda sentencia debe estar fundada, es decir, debe consistir en una derivación razonada del derecho vigente, y no ser un mero producto de la voluntad del juez<sup>24</sup>. En la misma línea, el Código Civil y Comercial exige al juez el dictado de decisiones razonablemente fundadas (cfr. art. 3 CCyC).

La doctrina del derecho procesal desglosa el deber constitucional de fundamentación de la sentencia en dos actos: fundar y motivar. Fundar refiere a las normas jurídicas vigentes, y significa derivar de ellas en forma lógica y coherente la sentencia, en tanto motivar refiere a la apreciación crítica de los hechos del

21 CIANCIARDO, Juan. ROMERO, Maximiliano J. "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad". Op. cit. Tomo I, pág. 472 ss.

22 TOLLER, Fernando M. "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Op. cit. Tomo I, pág. 169.

23 Fallos: 286:85, 310:676, entre otros.

24 Fallos: 42:917, 19/03/1958, entre otros.

caso<sup>25</sup>. En resumen, “la sentencia deberá proporcionar una adecuada relación entre los hechos probados y la normativa vigente”<sup>26</sup>.

#### 4. Sentencias infundadas

La doctrina enumera cinco subclases de arbitrariedad normativa<sup>27</sup>. Una de ellas se configura cuando el juez, en violación de la separación constitucional de poderes, se atribuye la función legislativa<sup>28</sup>. Se trata de las sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas, causal que Carrió desglosa en su célebre clasificación, que conserva actualidad y aceptación general, a la par que señala los criterios relativos a la fundamentación de la decisión, de entre los cuales se subrayan los siguientes, aplicables a la sentencia que se analizará:

- 1) sentencias en las que los jueces se arrogan una función de legisladores (exceso funcional o arrogancia legislativa);
- 2) sentencias que prescinden del derecho aplicable, se apartan del derecho vigente o actúan derecho no vigente (exceso hermenéutico por subsunción en preceptos derogados o aún no vigentes);
- 3) sentencias que sólo se basan en afirmaciones dogmáticas del juez que revelan apoyo en su mera voluntad personal (exceso dogmático)<sup>29</sup>.

25 ARAZI, Roland; ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Tomo I, pág. 92 ss.

26 CONTE-GRAND, Julio. “Parte General: tomo I”. En: *Tratado de derecho civil y comercial*. SANCHEZ HERRERO, Andrés (dir.). 1ra. ed. 1ra reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016, pág. 249-250.

27 SAGÜES, Néstor P. *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. Cap. XVI, pág. 613 ss.

28 BIELSA, Rafael. *Cuestiones de jurisdicción*. Buenos Aires: La Ley, 1956, pág. 280-281. Citado por VANOSSI, Jorge R. Op. cit. pág. 199.

29 CARRIÓ, Genaro. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 1ra. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. Citado por MORELLO, Augusto M. y ROSALES CUELLO, Ramiro. *El recurso extraordinario*. 2da. ed. reelaborada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Librería Editora Platense, 1999, pág. 474 ss.

CARRIÓ, Genaro. “Sentencia arbitraria”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1965, I y II, pág. 9 y ss. Citado por VANOSSI, Jorge R. Op. cit. pág. 184.

#### 4.a. Exceso hermenéutico

Enseñaba Salvat a mediados de siglo pasado, que la interpretación judicial de las normas que hacen los jueces en sus sentencias tiene los siguientes presupuestos: a) todo el derecho está contenido en el texto de la ley, por consiguiente la tarea esencial y única del intérprete es establecer su verdadero sentido y alcance; b) para la interpretación de la ley se toma como base la voluntad del legislador, que se encuentra en las palabras o en el espíritu de la ley; c) para suplir el silencio de la ley se recurre a la ley misma, ya sea en leyes análogas o en los principios generales del derecho<sup>30</sup>.

Bajo sus directivas se puede afirmar que:

- a) los hechos de la causa “S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación”<sup>31</sup> se subsumen en lo dispuesto por la norma transitoria tercera del art. 9 de la ley N° 26.994: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta”;
- b) la ley debió interpretarse conforme a sus antecedentes parlamentarios (cfr. interpretación sistemática, desarrollada más adelante en este acápite), de los cuales se concluye la expresa exclusión por parte del legislador de la figura de la maternidad subrogada;
- c) si se hubiese entendido que existía silencio en la ley, debió recurrirse a la ley misma, es decir, al art. 562 CCyC, que dispone que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”, y al instituto de la adopción integrativa, previsto por el art. 620 CCyC.

30 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1947. Tomo 1 págs. 145 y ss.

31 JNCiv., N° 81, “S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación”. Op. cit.

Las enseñanzas de Salvat siguen vigentes y se plasman en el art. 2 del CCyC<sup>32</sup>, con el fin de aportar coherencia al sistema de fuentes. El texto conserva cuatro reglas del Código anterior: a) las palabras de la ley —“la aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción”<sup>33</sup>—; b) sus finalidades —lo que Vélez denominaba “el espíritu de la ley”—; c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A la par incluye reglas novedosas, tales como e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento de modo coherente.

El texto del artículo destaca en primer lugar la ley, para recordar a los jueces que las sentencias que no la aplican o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, resultan decisiones *contra legem*. También establece el criterio de coherencia como orientador básico de la práctica jurídica.

La sentencia analizada es incoherente y fue dictada *contra legem*. En efecto, en el considerando II afirma el magistrado que aplica el método gramatical —que denomina “método literal”—, y luego cita el art. 7 CCyC en virtud del cual se remite a la norma transitoria tercera del art. 9 de la ley N° 26.994, que claramente establece que los niños nacidos antes de la entrada en vigencia del CCyC son hijos de quien los dio a luz. Sin embargo, la parte dispositiva de la sentencia contradice estas afirmaciones al declarar que el niño es hijo de los coactores. La aplicación de la norma citada (norma transitoria tercera del art. 9 de la ley N° 26.994) hubiese determinado el rechazo de la impugnación de la maternidad y la confirmación de la inscripción del niño como hijo de la mujer gestante que lo alumbró.

Afirma el juez a continuación: “Siendo ello así, la norma en cuestión (art. 9 de la ley N° 26.994, norma transitoria tercera) da efectos retroactivos al CCyC en este tipo de filiación; norma necesaria porque esta fue incorporada en nuestro ordenamiento legal con la sanción del citado código, es decir, la filiación por voluntad procreacional, por lo que sus normas resultan aplicables” (cfr. considerando II). Esta afirmación también es arbitraria, porque cita la norma transitoria pero su

32 Cfr. desarrollo del tema en MARRAMA, Silvia, “Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma”. DFyP 2017, núm. 76, mayo. Cita Online: AR/DOC/997/2017.

33 LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON de NOLASCO, Elena, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op. cit. Punto III, 4.1.

aplicación retroactiva la realiza en forma parcial, a la par que ignora sus claras disposiciones que obstaculizan la procedencia de la impugnación de maternidad<sup>34</sup>.

Por otra parte, si –tal como sostiene el magistrado– la norma transitoria citada otorgase efectos retroactivos al CCyC, no se explica cuál es el motivo que el juez encuentra para apartarse, al resolver, de lo que dispone el artículo del CCyC que trata específicamente el tema, es decir, el art. 562, que establece: “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”.

El art. 562 del CCyC excluye el emplazamiento filiatorio directo de la gestación por sustitución. Ello se evidencia en el doble requisito para la gestante que establece el artículo en cuestión, explicitado por el término “también”: la mujer debe prestar su consentimiento informado y dar a luz<sup>35</sup>. El nacido será su hijo e hijo de “el hombre o la mujer” que haya prestado su consentimiento informado.

Cabe destacar además, que al mismo resultado hubiera debido arribar el magistrado si hubiese aplicado el art. 242 del Código Civil, vigente al momento del nacimiento del niño: madre, conforme el derecho civil argentino, era (cfr. art. 242 del Código Civil y norma transitoria tercera del art. 9 de la ley N° 26.994) y es (cfr. art. 562 CCyC) quien da a luz en el parto.

Lo expuesto evidencia la arbitrariedad de la sentencia analizada por exceso hermenéutico, ya que el juez ha transgredido el límite de posibilidades interpretativas que el ordenamiento jurídico permite.

#### **4.b. Exceso funcional**

El art. 2 del CCyC contempla asimismo la interpretación sistemática, en cuanto alude a la directriz teleológica–objetiva, criterio hermenéutico que pre-

34 LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. “La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil”. ED, 270. Op. cit.

35 Basset, Úrsula C. “La democratización de la filiación asistida”. CALVO COSTA, Carlos A. (dir.). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*. Tomo II. Relaciones de familia. Buenos Aires: La Ley, 2016, pág. 904–905.

tende dilucidar el fin, el sentido, o la *ratio* de la norma<sup>36</sup>. Para desentrañarlo, tanto la doctrina<sup>37</sup> como la jurisprudencia<sup>38</sup> recurren a los antecedentes parlamentarios —trabajos de las comisiones, debates en el recinto o exposiciones de motivos, entre otros—.

Analizada la ley N° 26.994 a la luz de sus antecedentes parlamentarios, resulta evidente que se excluyó de su articulado la regulación de la gestación por sustitución en atención a las críticas expresadas por la ciudadanía en diversas audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral para debatir el proyecto de CCyC, críticas centradas fundamentalmente en la cosificación de la mujer y del niño gestado, y en el tráfico humano que esta práctica generalmente encierra<sup>39</sup>. Se aprecia en la lectura de la sentencia aquí comentada, que el magistrado cita el Dictamen de la Comisión Bilateral que explica las razones de la eliminación expresa de la maternidad subrogada del texto del CCyC. Sin embargo, pese a reconocer la supresión expresa de la figura efectuada por el legislador, y sin perjuicio de citar la norma transitoria tercera del art. 9 de la ley N° 26.994 y el art. 562 CCyC, hace caso omiso del antecedente parlamentario y del texto de la ley, y resuelve hacer lugar a la demanda, reconociendo implícitamente la validez del contrato de subrogación de vientres (cfr. considerando V), en clara violación de la división de poderes, lo que permite afirmar que se trata de una arbitrariedad de sentencia por exceso funcional.

#### 4.c. Exceso dogmático

El juez incurre en exceso dogmático al afirmar, en el considerando V, que

36 Rabbi Baldi Cabanillas, Renato. “Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, arts. 1 a 400*. RIVERA, Julio César (Dir.); MEDINA, Graciela (Dir.); ESPER, Mariano (Coord.). 1ra. ed. 2da. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2015, pág. 62.

37 Cfr. entre otros, Tobías, José W. Autor de las glosas a los arts. 1 a 103. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. Vol. 1, pág. 13-25.

38 Desde antaño la CSJN utiliza los antecedentes parlamentarios para fundar sus sentencias (cfr. Fallos: 177: 390).

39 MARRAMA, Silvia et al. “Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015”. El Derecho 267 del 20/05/2016 núm. 13.961.

“la gestación por sustitución no ha sido prohibida en el CCyC habiendo quedado el tema sujeto a la discrecionalidad judicial” y que este presunto vacío legal “va siendo completado por la jurisprudencia”. Su mera voluntad personal expresada como verdad inconcusa colisiona tanto con el articulado del Código de Vélez Sársfield como con el texto del Código Civil y Comercial: ambos vedan la pretendida discrecionalidad judicial respecto del tema.

La utilización de la jurisprudencia como fuente del derecho en lugar de aplicar las normas vigentes, constituye otra cara de la arbitrariedad que se señala en la sentencia comentada. Cabe recordar que el art. 1 del CCyC, que enumera las fuentes del derecho, en la versión sancionada y vigente no comprende como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, pese a haber sido prevista en la redacción del artículo elaborada por la Comisión redactora<sup>40</sup>.

Asimismo, haciendo caso omiso del Dictamen de la Comisión Bicameral –antecedente que la sentencia cita en el considerando V–, se remite en el mismo considerando “al tratamiento que ha recibido la gestación por sustitución a nivel nacional en los proyectos legislativos respecto a su regulación, siendo, por lo demás, su aceptación legal la tendencia que prevalece –con distintas variantes– en el Derecho Comparado”.

Al respecto cabe mencionar que, amén de que los proyectos de ley no resultan derecho vigente aplicable al caso, no sólo existen proyectos regulatorios de la gestación por sustitución, sino también otros que prohíben esta práctica<sup>41</sup>.

Debe ser señalado, asimismo, que el juez prescinde de la aplicación del derecho vigente (cfr. norma transitoria tercera del art. 9 de la ley 26.994 y art. 562 CCyC), sin declararlo inconstitucional, pese a la inveterada doctrina de la CSJN al respecto<sup>42</sup>.

40 PORRAS, Alfredo Rafael. “La interpretación en el derecho”. DJ 02/11/2016, 12. Cita Online: AR/DOC/1597/2016.

41 BORTOLOZZI de BOGADO, Adriana, pretendía incorporar al Código Civil la nulificación expresa de los acuerdos de maternidad por subrogación. Proyecto De Ley 2439/07. Tipo Origen Senado De La Nación. BORTOLOZZI de BOGADO, Adriana. Proyecto de ley incorporando al código civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación. (Fecha de consulta: 20/09/2017). Disponible en web: [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro\\_comision=&tConsulta=4](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro_comision=&tConsulta=4).

42 No es admisible una interpretación del juez que prescindiera del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, ya que la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuar los principios y garantías

Por lo expuesto se puede afirmar que se configura de modo patente en esta sentencia lo que Carrió denomina exceso hermenéutico por actuar derecho no vigente (proyectos legislativos), a la par que se descarta la aplicación de la solución prevista por las normas vigentes; y exceso funcional o arrogancia legislativa por aplicar una figura expresamente excluida por el legislador<sup>43</sup>.

Por último, cabe aclarar que es errónea la afirmación del magistrado respecto de la tendencia del derecho comparado en favor de la figura de la gestación por sustitución. Esta afirmación dogmática, basada en su mera voluntad personal de sentenciar conforme a la figura de la gestación por sustitución, es desmentida por numerosas publicaciones<sup>44</sup>, entre ellas, la que da cuentas de: a) países en los que la maternidad subrogada es ilegal: es el caso de España, Francia, Italia, Alemania o Suiza, b) países en los que se permite sólo cuando no medie contra-prestación económica (México, Canadá, Brasil o Reino Unido); c) países que la admiten: Ucrania, Rusia, India y algunos pocos estados de Estados Unidos, d) la mayor parte de los países no regulan la práctica de la maternidad subrogada<sup>45</sup>.

## 5. *Iura novit curia*

Más allá de lo señalado, es necesario decir que el magistrado cita erróneamente el principio *iura novit curia* (cfr. considerando II), ya que este principio procesal obliga a los jueces a aplicar el derecho vigente. El principio indica el deber de los magistrados de calificar en forma autónoma la realidad fáctica y de subsumirla en las normas jurídicas vigentes, sin encontrarse constreñidos por la calificación jurídica de los hechos que puedan haber hecho las partes, pues

constitucionales, debe efectuarse sin violencia de su letra y de su espíritu. Cfr. Fallos: 301:595, entre otros.

43 CARRIÓ, Genaro. *Ibidem*. Citado por MORELLO, Augusto M.; ROSALES CUELLO, Ramiro. Op. cit. pág. 474 ss. CARRIÓ, Genaro. *Ibidem*. Citado por VANOSSI, Jorge R. Op. cit. pág. 184.

44 MARRAMA, Silvia. "La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley N° 5700-D-2016". DFyP 2017, núm. 226, agosto. Cita Online: AR/DOC/1798/2017. Ver asimismo MARRAMA, Silvia et al. Op. cit.

45 RUIZ Sáenz, Ángela. "Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado". *Tempus*, actas de saúde colet, Brasília. 2015. Junio. Vol 9, núm.2, pág.121-132. (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: [www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501](http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501).



“el derecho lo dice el juez”<sup>46</sup>, y ello es fundar adecuadamente las sentencias.

La calificación correcta de la realidad fáctica del caso y su subsunción en las normas vigentes hubiese debido concluir en el rechazo de la impugnación de maternidad y la confirmación de la inscripción del niño como hijo de la mujer gestante que lo dio a luz –cfr. norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley 26.994, y art. 562 CCyC–.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez incluso podría haber instado a las partes a readecuar sus pretensiones y resolver el caso de acuerdo con el instituto de la adopción por integración –cfr. art. 620 CCyC–, pero le estaba vedado apartarse del derecho vigente.

## 6. Nulidad de la sentencia

Como se ha explicado ut supra, es condición de validez de las sentencias que sean fundadas, y por ende, que constituyan una derivación razonada del derecho vigente. La omisión del deber de fundar la sentencia, o la incoherencia entre sus fundamentos y su parte dispositiva, vicia el acto<sup>47</sup> y puede provocar la declaración de su nulidad, aún de oficio<sup>48</sup>.

Por todos los argumentos mencionados anteriormente, se concluye que la sentencia analizada incurre en dogmatismo y crea una norma individual que se encuentra al margen de la lógica del deber ser, y por ello es una sentencia que no debería ser<sup>49</sup>, es decir, es nula –cfr. art. 386 y 387 CCyC–.

## 7. Excursus

En algunas publicaciones referidas al tema de la maternidad subrogada<sup>50</sup> se ha advertido acerca de la violación de los derechos de las mujeres gestantes que

46 ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. Op. cit. Tomo I, pág. 92 ss.

47 ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. Op. cit. Tomo I, pág. 104 ss

48 SCBA, 22/04/1986, Ac. 34573, voto del Dr. Cavagna Martínez. Citado por Conte-Grand, Julio. Parte General:

Tomo I. SANCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) Op. cit. Nota 119, pág. 49–50.

49 COSSIO, Carlos. La plenitud del ordenamiento jurídico. 2da. ed. Buenos Aires: Losada, 1947. Cap. I.

50 Cfr. entre otras, MARRAMA, Silvia. “La dignidad de la madre subrogada...” Op. cit.

esta práctica conlleva. Cabe poner de resalto que no es óbice a la configuración de la referida vulneración de derechos el hecho de que, en el caso analizado en estas líneas, la gestante demandada se haya allanado a la pretensión de los coactores, allanamiento que, por otra parte, carece de efectos, de conformidad con lo establecido por los arts. 1.644 del CCyC y 307 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Otra de las personas afectadas por la práctica es el niño gestado por subrogación de vientres. Al respecto, afirma el magistrado en el considerando VI que “por aplicación del principio rector del interés superior del niño, el que debe primar en todo proceso en que se halle involucrado un menor (arts. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, 3 de la Ley 26.061 y 706 inc. c) del CCyC), la respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres”. Ello constituye una nueva afirmación dogmática del magistrado, que no se basa ni en una correcta hermenéutica de las normas vigentes —a las que ya se ha hecho alusión—, ni en evidencia antropológica, ni en el verdadero interés superior del niño sino en el interés de los coactores.

En cuanto a la evidencia antropológica<sup>51</sup> —cuya importancia adquiere más relieve para quien entiende que el derecho necesariamente debe subalternársele—, señala que el período del embarazo —desde la concepción hasta el alumbramiento— es trascendental para el desarrollo físico<sup>52</sup> y psíquico<sup>53</sup> de la persona por nacer.

51 Se utiliza el término “antropología” en su sentido etimológico y primigenio. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. (Fecha de consulta: 08/03/2018). Disponible en web: <http://www.rae.es/>

52 Ver la extensa bibliografía citada en ERRÁZQUIN, Alicia. “¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia”. Jornadas de Derecho Natural III Nacionales y I Iberoamericanas, Universidad Católica Argentina, Paraná, septiembre de 2005. ERRÁZQUIN, Alicia. “Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano”. El Derecho, diario especial de Política Criminal, 8-9-05. LÓPEZ MORATALLA, Natalia. “La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido”. (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/06c-perdida-de-la-relacion-inicial-madre-hijo/gmx-niv959-con18332.htm>. MADRAZO CABO, José M. y MARCÓ BACH, Javier. “El embrión humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas”. Material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA, año 2007.

53 RONCALLO, Claudia P. et al. “Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana”. Escritos de Psicología 2015. Málaga, Mayo/agosto. Vol.8, núm.2.

La genetista Elba Giorgiutti, al disertar en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, explicaba que la medicina contemporánea ha demostrado la existencia de mecanismos no genéticos –epigenéticos– que influirían tanto o más que los genéticos en las enfermedades que padecen los seres humanos. La influencia epigenética en la maternidad subrogada –considerada una práctica experimental– no ha sido aún lo suficientemente estudiada<sup>54</sup>.

Ello así, en tanto “la dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser”<sup>55</sup>. Desde el primer día, el embrión comienza a comunicarse con la gestante a través de citocinas –variedad de proteínas que actúan como mensajeros químicos– llamadas “interleuquinas IL-1”, que interactúan con receptores específicos de las trompas uterinas; comunicación que se transformará en un diálogo molecular<sup>56</sup>. Al producirse la implantación en la pared endometrial –durante la primera semana– el embrión toma contacto con los vasos sanguíneos de la gestante y recibe de ellos la energía necesaria para su desarrollo –diálogo tisular–. Es decir que a lo largo de su vida, el individuo, sin estar prefigurado ni determinado por la dotación genética recibida de sus padres, mantiene, gracias a ella, su identi-

(Fecha de consulta: 16/09/2017). Disponible en web: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1989-38092015000200004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092015000200004)

54 GIORGIUTTI, Elba. “Ciencia y mercado, una alianza peligrosa”. Disertación en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 04/09/2015.

55 LÓPEZ MORATALLA, Natalia. “El embrión humano como individuo: una visión epigenética, en La humanidad in vitro”. BALLESTEROS, Jesús (coord.). Granada: Comares, 2002. Citado por Quintana, Eduardo M. “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”. DJ, 4-3-15, pág. 10. DFyP 2015. Marzo, 9-3-15, pág.182. Cita Online: AR/ DOC/8/2015.

56 LÓPEZ MORATALLA, Natalia. “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano. The Zygote of our Species is the human”. (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/01f-el-cigoto-de-nuestra-especie-es-ser-humano/gmx-niv959-con18266.htm>

dad biológica, a la par que va recibiendo nueva información —epigenética— que proviene del medio. Así se da una interacción de los componentes del medio interno y externo<sup>57</sup>.

Respecto del interés superior del niño gestado por subrogación de vientres, caben asimismo algunas consideraciones. La primera de ellas es que en materia de filiación se encuentra fuertemente comprometido el orden público, e incumbe al Estado garantizar el emplazamiento familiar de la persona. Los arts. 242 del Código Civil y 565 del CCyC son normas de orden público por involucrar cuestiones indisponibles tanto para las partes (cfr. art. 12 CCyC) como para los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y magistrados intervinientes.

La sentencia considera implícitamente válido el contrato cuyo objeto prestacional es entregar un niño al nacer, y acordar sus vínculos filiatorios, so pretexto de su interés superior. La sentencia trasunta en este aspecto una cierta tendencia liberal de privatización de la filiación<sup>58</sup> que no considera la dignidad del niño.

Por otra parte, cabe recordar brevemente, que si bien el interés superior del niño es una pauta que debe regir toda sentencia judicial, y se la ha incorporado especialmente como principio general de los procesos de familia (cfr. art. 706 inc. c) del CCyC, este principio se traduce en la consecución y preservación de la mayor cantidad de derechos para los niños, y en su menor restricción. En este sentido y tal como se adelantó al inicio de este acápite, el magistrado confunde en el caso el interés superior del niño con el de los adultos coactores. En efecto, ¿cuál sería el mejor interés del niño, sino conservar el vínculo que tuvo durante sus primeros nueve meses de vida y que le permitió nada menos que crecer, desarrollarse y nacer? Es decir, los nueve meses de embarazo de la gestante, período —como se señaló— de suma importancia en la configuración de la salud psicofísica del niño. Máxime cabe conservarlo si, como afirma la gestante en autos, “medió de su parte un fin altruista basado en la amistad con los peticionantes” (cfr. considerando VI). Ello hubiese sido factible si se hubiese resguardado la inscripción registral del niño, y se hubiese decretado la adopción

57 LÓPEZ MORATALLA, Natalia y IRABURU ELIZALDE, María J. *Los quince primeros días de una vida humana*.

2da. ed. España: Ediciones Universidad de Navarra, 2006, pág. 17/18.

58 LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. Op. cit.

por integración, uno de cuyos efectos es mantener el vínculo entre el adoptado y su “progenitor de origen” (cfr. art. 630 CCyC).

La conservación del vínculo con la madre gestante se basa en el hecho de que ella es madre también orgánicamente por haber contribuido al desarrollo del embrión –nutriéndolo y cuidando de él– y a su alumbramiento, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos. Es madre biológica, aunque no genética –cabe recordar que de ninguna norma jurídica argentina puede colegirse que la calidad de madre resulta con exclusividad del aporte genético<sup>59</sup>–. Asimismo, la conservación de ese vínculo tiene en cuenta el interés primordial del niño, ya que, de permitirse y prosperar una acción de impugnación de maternidad, el niño quedaría sin una madre cierta en el supuesto de que el óvulo proviniera de una donante anónima<sup>60</sup>, como en este caso.

Por otra parte, la preservación del vínculo con la gestante se encontraría en consonancia con lo que los profesores de Derecho Civil, reunidos en la Comisión nro. 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>61</sup>, en forma unánime votaron: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”. Por el contrario, la identidad disociada del niño que la sentencia habilita, rompe con parámetros morales, éticos y naturales reconocidos por el derecho desde hace años (“*mater semper certa est*”, sostenían los romanos). Los roles parentales se desdobl原因: hay padres biológicos, madres gestantes y padres legales o sociales. El fantasma de los diversos progenitores produce un daño estructural a la propia identidad del niño y al desarrollo normal de su futura personalidad<sup>62</sup>.

59 MARRAMA, Silvia, “La justicia declara...” Op. cit.

60 Esto también es puesto de relieve, entre otros, por Alterini, Atilio. “Cuerpo humano, persona y familia”, citado por Sambrizzi, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho, 2004.

61 Que se realizaron en el 2011 en la Universidad Nacional de Tucumán.

62 ERRÁZQUIN, Alicia. “La maternidad en los actuales escenarios de la concepción humana”, Discurso de incorporación como Académica a la Academia del Plata, pronunciado el 2 de julio de 2014. (Fecha de consulta: 29/09/2017) Disponible en web: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610\\_CICV-Erazquin\\_Maternidad-2014.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610_CICV-Erazquin_Maternidad-2014.pdf).

## 8. Conclusión

De las pautas hermenéuticas explicadas y los argumentos vertidos, se deduce que la sentencia analizada es arbitraria por incurrir en exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos meramente proyectados. El juez se ha arrogado una función legislativa al actuar derecho no vigente, incurriendo de este modo en arbitrariedad por violación de la división de poderes.

A la par, se configura en la sentencia analizada una inexacta e indebida hermenéutica, prescindente, elusiva y desnaturalizadora del derecho vigente, cuya aplicación al caso hubiese concluido en una decisión justa y razonable.

Asimismo incurre el juez en exceso dogmático, ya que funda su decisión en su sola voluntad.

Todo ello permite concluir que la sentencia es arbitraria y nula.

Del excursus realizado se concluye que la práctica de la maternidad por subrogación, que se realiza en Argentina en clara violación del derecho vigente –que ha eliminado expresamente esa figura del texto legal–, es contraria al interés superior de los niños así gestados.

Por último, y más allá de la sentencia analizada, es pertinente señalar que preocupa el dictado de otras sentencias en el mismo sentido<sup>63</sup>, lo que podría llegar a habilitar por vía jurisprudencial un claro fraude al instituto de la adopción. En efecto, ¿qué diferencia existe entre estos contratos de gestación por sustitución celebrados con la intermediación de una clínica y homologados judicialmente, y los contratos de entrega directa de niños (prohibidos actualmente por el art. 611 CCyC) celebrados con intermediación de una escribanía que recabe el consentimiento informado de la madre que da a luz y de los que desean ser sus padres?

La adopción es un proceso estrictamente controlado tanto en sede administrativa –Registros de Adoptantes– como judicial, y ofrece garantías para resguardar la identidad del niño y comprobar la idoneidad de los padres. En cambio, la gestación por sustitución es una práctica privada que se realiza al margen del control estatal<sup>64</sup> y sin protección alguna de los derechos fundamen-

63 Algunos de cuyos análisis doctrinarios se han citado en la nota 5 de este trabajo.

64 CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA Y FAMILIA. *La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina*.

tales de las personas involucradas, en especial de las más vulnerables: la mujer gestante y el niño gestado.

## 9. Bibliografía

- ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Tomo I.
- BASSET, Úrsula C. "La democratización de la filiación asistida". CALVO COSTA, Carlos A. (dir.). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*. Tomo II. Relaciones de familia. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- BRIOZZO, María Soledad. "La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional". *DFyP* 2017, núm. 30, noviembre. Cita Online: AR/DOC/2665/2017.
- CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA Y FAMILIA. *La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina*. (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>
- CIANCIARDO, Juan. ROMERO, Maximiliano J. "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio C. (h); ELIAS, José S.; GROSMAN, Lucas S.; LEGARRE, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I.
- CONTE-GRAND, Julio. "Parte General: tomo I". En: *Tratado de derecho civil y comercial*. SANCHEZ HERRERO, Andrés (dir.). 1ra. ed. 1ra reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2da. ed. Buenos Aires: Losada, 1947.
- ERRÁZQUIN, Alicia. "Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano". *El Derecho*, diario especial de Política Criminal, 8-9-05.
- ERRÁZQUIN, Alicia. "La maternidad en los actuales escenarios de la concepción humana", Discurso de incorporación como Académica a la Academia del Plata, pronunciado el 2 de julio de 2014. (Fecha de consulta: 29/09/2017) Disponible en web: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610\\_CICV-Erazquin\\_Maternidad-2014.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610_CICV-Erazquin_Maternidad-2014.pdf).
- ERRÁZQUIN, Alicia. "¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia".

(Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>

- Jornadas de Derecho Natural III Nacionales y I Iberoamericanas, Universidad Católica Argentina, Paraná, septiembre de 2005.
- GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. 2da. ed. Ampl. y act. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- GIORGIUTTI, Elba. "Ciencia y mercado, una alianza peligrosa". Disertación en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 04/09/2015.
- LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. "La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil". ED, 270. Op. cit.
- LARA SANCHEZ, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. 1ra. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano. The Zygote of our Species is the human". (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/01f-el-cigoto-de-nuestra-especie-es-ser-humano/gmx-niv959-con18266.htm>
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. "El embrión humano como individuo: una visión epigenética, en La humanidad in vitro". BALLESTEROS, Jesús (coord.). Granada: Comares, 2002. Citado por Quintana, Eduardo M. "Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio". DJ, 4-3-15, pág. 10. DFyP 2015. Marzo, 9-3-15, pág.182. Cita Online: AR/ DOC/8/2015.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. "La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido". (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/06c-perdida-de-la-relacion-inicial-madre-hijo/gmx-niv959-con18332.htm>.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia y IRABURU ELIZALDE, María J. *Los quince primeros días de una vida humana*. 2da. ed. España: Ediciones Universidad de Navarra, 2006, pág. 17/18.
- LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Punto III, 4. (Fecha de consulta: 10/12/2016). Disponible en web: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.
- MADRAZO CABO, José M. y MARCÓ BACH, Javier. "El embrión humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas". Material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA, año 2007.
- MARRAMA, Silvia, "Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma". DFyP 2017, núm. 76, mayo. Cita Online: AR/DOC/997/2017.



- MARRAMA, Silvia. "La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley N° 5700-D-2016". *DFyP* 2017, núm. 226, agosto. Cita Online: AR/DOC/1798/2017.
- MARRAMA, Silvia. "La justicia declara la validez de los "actos extrapatrimoniales" de subrogación de vientres". ED 264 del 21/01/2015 núm. 13.837.
- MARRAMA, Silvia et al. "Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015". *El Derecho* 267 del 20/05/2016 núm. 13.961.
- MORELLO, Augusto M. y ROSALES CUELLO, Ramiro. *El recurso extraordinario*. 2da. ed. reelaborada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Librería Editora Platense, 1999.
- NOTRICA, Federico. "Dos nuevos fallos sobre gestación por sustitución. ¿Hasta cuándo el vacío legal?". *RDF* 2017, núm. 57. Cita Online: AP/DOC/995/2017.
- PORRAS, Alfredo Rafael. "La interpretación en el derecho". DJ 02/11/2016, 12. Cita Online: AR/DOC/1597/2016.
- Proyecto De Ley 2439/07. Tipo Origen Senado De La Nación. BORTOLOZZI de BOGADO, Adriana. Proyecto de ley incorporando al código civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación. (Fecha de consulta: 20/09/2017). Disponible en web: [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro\\_comision=&tConsulta=4](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro_comision=&tConsulta=4).
- RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. "Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial". En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, arts. 1 a 400*. RIVERA, Julio César (Dir.); MEDINA, Graciela (Dir.); ESPER, Mariano (Coord.). 1ra. ed. 2da. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. (Fecha de consulta: 08/03/2018). Disponible en web: <http://www.rae.es/>
- RONCALLO, Claudia P. et al. "Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana". *Escritos de Psicología* 2015. Málaga, Mayo/agosto. Vol.8, núm.2. (Fecha de consulta: 16/09/2017). Disponible en web: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1989-38092015000200004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092015000200004).
- RUIZ Sáenz, Ángela. "Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado". *Tempus*, actas de saúde colet, Brasília. 2015. Junio. Vol 9, núm.2, pág.121-132. (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: [www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501](http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501).
- SAGÜES, Néstor P. *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1947. Tomo 1.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho, 2004.

- SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo. "Principio de legalidad, decretos y fallos plenarios". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio C. (h); ELIAS, José S.; GROSMAN, Lucas S.; LE-GARRE, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I.
- TOBIÁS, José W. Autor de las glosas a los arts. 1 a 103. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- TOLLER, Fernando M. "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Op, cit. Tomo I.
- VANOSSI, Jorge R. "La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anticonstitucionalidad)". En: AAVV. *Temas de casación y recursos extraordinarios: en honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Librería Editora Platense SRL, 1982.

## Fallos

Fallos: 199:145; 199:483; 299:428.

Fallos: 248:800.

Fallos: 98:20, 147: 402, 150:89, 160:247, 200-450; 224:810, 238: 60, 257:127.

Fallos: 155:248, 311:2580.

Fallos: 310: 234, 311:2580; 321:1252; 333:1023.

Fallos: 286:85, 310:676.

Fallos: 42:917, 19/03/1958.

Fallos: 301:595.

Fallos: 112-384

Juz. Familia Viedma, Nº 7, "Reservado s/Autorización Judicial"(f), 06/07/2017. Cita Online: AR/JUR/39473/2017, comentado por SAMBRIZZI, Eduardo A. "Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes". LL 22/08/2017, 7. Cita Online: AR/DOC/2116/2017;

Juz. N de Primera Instancia en lo Civil Nº 8, "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/impugnación de filiación", 20/09/2016, comentado por LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. "La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil". ED 270 del 21/12/2016, núm 14.105.

JNCiv., Nº 81, "S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación", 14/06/2017; RC J 3934/17.