
Gestación por sustitución: un vacío legal cubierto por la labor jurisprudencial

Análisis de resoluciones dictadas por tribunales cordobeses (2015-2022)

Melina Andrea Deangeli* – Cintia del Valle Montenegro** – Laura Mabel Santolín***

Resumen: La filiación no ha permanecido ajena al conjunto de transformaciones que el actual Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado en materia de derecho de familias. Inspirado en principios constitucionales tales como la no discriminación y la igualdad, el actual ordenamiento jurídico argentino reconoce tres fuentes filiales: por naturaleza, adoptiva y por técnicas de reproducción humana asistida, a la vez que prescribe la igualdad de los efectos de las filiaciones. No obstante, existe un vacío legal en relación a la gestación por sustitución, figura originalmente incorporada al proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y excluida en el seno legislativo. La ausencia de previsión legal expresa en la materia no ha impedido que se lleven ante los tribunales pretensiones de reconocimiento de filiaciones que encuentran su fuente en la gestación por sustitución. Así, el vacío legal existente en relación a esta figura debe ser cubierto por la labor jurisprudencial. En el presente trabajo analizamos la incidencia que, en las resoluciones judiciales que deciden sobre esta temática, asume el marco exegético integrado por el paradigma de derechos humanos y la perspectiva de género, a la vez que indagamos en los derechos que son ponderados por los jueces y las juezas en tales casos.

Palabras claves: Gestación por sustitución, Convencionalización del derecho de familias, Derechos humanos, Perspectiva de género, Derechos reproductivos

*Abogada (Universidad Nacional de Córdoba [UNC]), Profesora y Licenciada en Historia (FFyH, UNC). Escribana (UES Siglo XXI). Maestranda en Derecho Procesal (UES Siglo XXI). Escribiente/Asistente de Magistrado, Juzgado de Primera Instancia y Competencia Múltiple de la ciudad de Oliva. Adscripta a la cátedra “B”, Derecho Privado VI – “Familia y Sucesiones”, de la carrera de Abogacía (Facultad de Derecho, UNC). Integrante del equipo de investigación AJuV (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba) Correo: mdeangeli@justiciacordoba.gob.ar ORCID 0000-0002-0158-711X

**Abogada (UNC). Educadora no formal (Oliva). Meritoria Judicial del Poder Judicial, sede Oliva. Integrante del equipo de investigación AJuV (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba) Correo: cvmontenegro@justiciacordoba.gob.ar ORCID: 0009-0007-5794-7413

***Licenciada en Trabajo Social (UNC). Abogada (UNC). Magister en Drogadependencia (UNC). Especialista en Salud Mental (Colegio de Profesionales en Servicio Social CBA). Adscripta a la cátedra Derecho Privado VI (UNC). Oficial Principal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Integrante del equipo de investigación AJuV (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba) Correo: lsantolin@justiciacordoba.gob.ar ORCID: 0009-0008-8806-3722

Abstract: Filial relations did not remain outside the Civil and Commercial National Code latest amendments with regards to family law. Inspired by constitutional principles such as non-discrimination and equality, the current Argentine legal system recognizes three sources of filiation: by nature, by adoption and by assisted human reproduction techniques. It also prescribes equal effects on those three filiation sources. However, there is a legal vacuum in relation to surrogate gestation, originally included in the CCC reform project and excluded during legislative debate. The absence of express legal provision on this matter has not prevented judicial claims for the recognition of surrogate gestation's filiations. Thus, the existing legal vacuum in relation to this figure must be covered by jurisprudential reasoning. In this paper we analyze the relevance of the human right's paradigm and gender perspective in judicial reasoning. We also investigate which rights are taken into consideration in such cases.

Keywords: Surrogate gestation, Conventionalization of family law, Human rights, Gender perspective, Reproductive rights



I. A modo de introducción

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (CCCN) ha implicado una transformación sustantiva en materia de derecho de familias. En este campo, en particular, es donde se irradian con mayor fuerza los principios y derechos reconocidos por el orden constitucional/convencional. La magnitud de los cambios suscitados en la regulación de las relaciones de familia a partir de la reforma acarreada por la Ley n.º 26.994 ha sido caracterizado por la doctrina como “una metamorfosis estructural y profunda auspiciada por la obligada perspectiva constitucional- convencional” (Herrera, 2016, p. 33). En este sentido, cuadra mencionar como elementos en los que abreva la actual normativa del derecho de familias a los tratados de derechos humanos, a la ineludible y obligada aplicación de la perspectiva de género y al factor social, esto es, la pretensión de reconocer jurídicamente y, en consecuencia, brindar marcos de legalidad, a las variadas formas de organización familiar que se construyen en la realidad. La labor doctrinaria ha enfatizado, así, que la actual normativa en materia de derechos de las familias constituye un *cambio paradigmático* que emplaza a la persona como sujeto titular de derechos (Lloveras, 2018). En este nuevo marco, que emplaza a la persona como eje de protección, se nutre la reforma del CCCN, instituyéndose así un derecho de las familias constitucionalizado.

Los institutos del derecho de familias se han visto permeados, en su totalidad, por el proceso de constitucionalización aludido. En consecuencia, la filiación no ha permanecido ajena a este proceso de transformaciones. De este modo, la actual legislación sustantiva reconoce tres fuentes de la filiación: por naturaleza, adoptiva, y por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), e instituye, inspirada en los principios de igualdad y no discriminación, la equiparación de efectos de las filiaciones (art. 558 del CCCN). A los fines de la determinación de la filiación, el CCCN estipula en su art. 575 que, en los casos de TRHA, será el consentimiento previo, informado y libre el que determine el

emplazamiento filial. Así, la actual normativa fondal luce receptiva de los diferentes modos de constitución familiar y reconoce a las TRHA como una fuente filial. No obstante, pese a la vocación por reconocer las más variadas formas de organización familiar, el CCCN ha omitido regular, expresamente, la figura de la gestación por sustitución (GS). Esta omisión obedece a una decisión adoptada en el seno del debate legislativo, habida cuenta que el proyecto de reforma del CCCN contenía una norma expresa (art. 562) que regulaba de manera explícita la GS.¹

Pese a ser una figura que está lejos de generar consensos doctrinarios, y más allá del vacío legal existente en nuestro actual ordenamiento jurídico, lo cierto es que la ausencia de previsión normativa expresa al respecto no ha impedido que, en nuestro país, se llevaran adelante gestaciones mediante esta técnica y se ventilaran, ante los estrados de los tribunales, las pretensiones de reconocimiento de filiación en casos de GS.

En las próximas páginas, proponemos ingresar en el análisis de los argumentos empleados por los tribunales de la provincia de Córdoba en casos referidos a GS, a partir de la sanción del CCCN, y hasta la actualidad. Nos interesa indagar sobre el modo en que, en tales casos, el marco integrado por los principios y las normas de los tratados de derechos humanos se combinan con la perspectiva de género en los argumentos sostenidos por el discurso judicial, a los fines de brindar una respuesta ante el vacío legal existente. En esa línea, proponemos identificar los derechos que asumen preponderancia en los argumentos de las resoluciones en análisis y determinar el contenido que los tribunales le asignan a tales derechos.

El recorte temporal de nuestro análisis está demarcado por la entrada en vigencia del novel ordenamiento fondal –esto es, el primero de agosto de 2015–, y hasta la actualidad. Nuestro corpus analítico está integrado por una selección de resoluciones dictadas por diferentes tribunales del Poder Judicial de la provincia de Córdoba durante los años comprendidos por nuestro recorte temporal. Más específicamente, analizamos aquellas resoluciones que han sido publicadas por el Poder Judicial, ya sea en el boletín digital como en el portal de novedades del Poder Judicial. Así, nuestro trabajo se basa en un total de siete resoluciones judiciales dictadas por juzgados de la provincia de Córdoba, a partir del año 2015, en relación a autorizaciones y solicitudes de homologación de acuerdo en materia de GS. En la selección, consideramos un criterio de índole temporal – esto es, que las resoluciones hubieran sido dictadas en distintos años dentro de nuestro período de estudio–, como así también, geográfica, de modo tal que los casos no hubieran sido dictados únicamente por tribunales de la ciudad de Córdoba Capital. Así, tres de las

¹ El artículo rezaba: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e. la gestante no ha aportado sus gametos; f. la gestante no ha recibido retribución; g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio”. En la actualidad, hay proyectos de ley que proponen regular la práctica.

resoluciones bajo examen fueron emanadas de juzgados de Córdoba, y cuatro, en el interior: dos, por juzgados de Villa María; uno, por el juzgado de La Carlota y otro, por el juzgado de Jesús María.

El presente trabajo se encuentra estructurado en dos partes: una primera, en la que desarrollamos precisiones conceptuales en relación a la GS y su diferencia con otros modos de nominar la práctica, a la vez que presentamos el debate suscitado tanto en el campo de la doctrina jurídica como al interior de los feminismos, en relación a la figura que nos convoca.

En la segunda parte, analizamos las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales cordobeses en casos de GS, a partir de 2015, centrándonos en la incidencia que en tales resoluciones asumen el paradigma de derechos humanos y la perspectiva de género, como pautas hermenéuticas a partir de las que se construyen las soluciones jurisprudenciales, ante el vacío legal actual en la materia.

Nuestra propuesta analítica se encuentra estrechamente vinculada con el acceso a la justicia de sectores vulnerables por cuestiones atinentes a orientación sexual e identidad de género, atento encontrarse en juego, en los casos que serán analizados, derechos humanos fundamentales cuyo ejercicio, al no encontrar consagración legislativa, requiere de la labor judicial. En este sentido, cabe destacar lo afirmado por Herrera y Salituri Amezcua (2016) que destacan la ampliación de posibilidades de ejercicio de derechos que las TRHA representan para las familias homoparentales, señalando que tales técnicas “han ampliado la posibilidad de ejercer derechos subjetivos permitiendo, no solo traspasar la valla de la infertilidad médica, sino también de la infertilidad estructural o social” (p. 1). De este modo, las autoras enfatizan la importancia de las TRHA como instrumentos que permiten la conformación de formas familiares plurales y diversas.

Sin embargo, la ausencia de regulación de la GS impone la necesidad de acudir a los tribunales a las familias que se ven imposibilitadas de recurrir a técnicas de fertilización homóloga. Así, y considerando lo postulado por Birgin y Gherardi (2012) en relación a las dos dimensiones que implica el acceso de la justicia –esto es, el acceso al mecanismo institucional competente para atender el reclamo y el acceso a un buen servicio de justicia que brinde un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial, por un lado, y el derecho a la tutela judicial, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la igualdad, por el otro–, encontramos que nuestra propuesta de trabajo se vincula con ambas expresiones del acceso a la justicia. Ello es así atento a que, tal como hemos expresado, el vacío legal obliga a las familias que necesitan recurrir a esta práctica a acudir a los tribunales a los fines del ejercicio y pleno reconocimiento de aquellos derechos para cuya efectivización la GS constituye un medio, elemento este que se vincula con la primera de las dimensiones del acceso a la justicia señaladas por las autoras citadas; mientras que, a su vez, los procesos promovidos en tales casos representan mecanismos tendientes a materializar y efectivizar derechos humanos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad.

II. a. Gestación por Sustitución: Precisiones conceptuales

Eleonora Lamm (2012) destaca que la GS es una figura compleja, que suscita debates jurídicos y éticos, y que quebranta máximas profundamente ancladas y arraigadas tales como la máxima del derecho romano *mater semper certa est*. Para mayor claridad sobre la cuestión que atañe a este trabajo, recuperamos la definición que, sobre la práctica en análisis, proporciona la autora referida (Lamm, 2013), que la conceptualiza 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. (2013, p. 24)

Asimismo, la GS asume una multiplicidad de variantes en la actualidad que, siguiendo a Famá (2017, p. 201), admiten el siguiente compendio: a) que los gametos sean aportados por los comitentes; b) que ambos gametos sean aportados por donantes; c) que la gestación sea con el óvulo de una de las personas comitentes y semen de donante; d) que la persona gestante aporte óvulo y una de las personas comitentes, el semen. Por su parte, Lamm (2012, pp. 27-28) indica que, en la GS tradicional, la persona gestante aporta no solo la gestación, sino también sus gametos, mientras que, en la GS gestacional, quien gesta aporta solo la gestación, pero no sus óvulos; ya que estos serán aportados por la comitente, si la hay y puede hacerlo, o por una persona donante. En esta línea, Krasnow (2017) plantea que, pese a la disparidad de criterios doctrinarios existentes en la determinación de los alcances de la GS, la nota distintiva de la práctica reside en la “disociación entre componentes que pueden concurrir o no en el acto procreacional: componente genético, componente gestacional y componente volitivo o socioafectivo” (2017, p. 50).

En esta línea, resulta necesario formular precisiones conceptuales entre la denominación GS, y otras formas de nominación empleadas para describir prácticas similares, tales como la maternidad subrogada o el denominado “alquiler de vientres”. En este punto, Lamm advierte que, aunque tanto en el derecho comparado como en la doctrina local, existen variados modos de nombrar a la práctica en cuestión, es de importancia distinguir a esta figura de otras con las que, aunque guarda similitudes, presenta también diferencias. En particular, señala que la noción de subrogación no resulta aplicable, *per se*, siempre y en todos los casos, a la GS. De este modo, postula que entre la GS y la maternidad subrogada existe una distinción fundamental, y es que, en esta última (maternidad subrogada), la subrogación –esto es, poner a alguien en lugar de otro– constituye un elemento determinante, por lo que, técnicamente solo sería adecuado nominar de tal modo a las prácticas en que esta aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético, extremo que no se verifica en la actualidad en la mayoría de los casos. Así, la autora citada destaca que, en la GS, la persona gestante no ostenta voluntad procreacional. Por ello, sostiene que la categoría “maternidad” no resulta adecuada en la nominación de la práctica, y enfatiza que lo que se subroga, en realidad, es la gestación,

no la maternidad; habida cuenta que “la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto” (Lamm, 2013, pp. 25-26).

En sintonía con lo reseñado, Herrera y De la Torre (2016) indican que, desde la sanción de la Ley n.º 26.618 –conocida como ley de matrimonio igualitario–, la GS representa una alternativa para que las familias homoparentales conformadas por varones cis, o incluso, varones sin pareja, puedan acceder a la paternidad. Así, advierten que en tales casos resulta erróneo pensar en la práctica desde la figura de maternidad subrogada, habida cuenta la inexistencia de madre, siendo igualmente imprecisa la nominación de alquiler de vientres ya que, añaden, no se trata de un contrato tal como se lo diseñaba en el proyecto de reforma del CCCN.

Una consideración especial merece, en este esquema, la noción de “alquiler de vientres”, caracterizado como “el contrato que permite que mujeres fértiles gesten hijos/as para terceras personas” (Nuño Gómez, 2020, p. 2, como está citado en Posada Kubissa, 2021, p. 187).² Sobre este punto, resulta trascendente recuperar lo postulado por Posada Kubissa (2021), quién aborda la cuestión que atañe a las diferentes formas de nombrar la práctica que analizamos desde una perspectiva que contempla el modo en que se vinculan las distintas nominaciones sobre esta, con los disímiles posicionamientos que en torno a la práctica en cuestión se generan. De este modo, plantea que mientras la denominación de “gestación por sustitución” o “gestación subrogada” remite a posicionamientos que sostienen una lectura positiva de esta práctica, que la presentan como una alternativa dentro de las TRHA y que encuentra su idea fuerza en la libertad de todas las partes involucradas en la GS, la noción de “alquiler de vientres”, por el contrario, remarca el carácter mercantilizado de esta práctica que descansa sobre una relación contractual supuestamente libre de las partes pero que, sin embargo, tiene como sus principales protagonistas, en el lugar de gestantes, a las mujeres pobres (Posada Kubissa, 2021, p. 188).

Tal como puede advertirse de lo expuesto, la GS está lejos de constituir un terreno exento de debates. Por ello, a continuación, reseñamos de modo sintético los principales posicionamientos y argumentos que se han esbozado, desde la doctrina jurídica pero también desde los feminismos, frente a la figura analizada.

II. b. La gestación por sustitución en debate: perspectivas y tensiones

Tal como expusimos más arriba, la GS ha sido caracterizada como una figura compleja. En torno a la recepción normativa de esta, se han generado intensos debates que, lejos de circunscribirse a los contornos del campo de la doctrina jurídica, traspasaron

² Es necesario destacar que la posibilidad de gestar no se limita ni resulta exclusiva ni privativa de las mujeres, sino que es un elemento compartido por otras corporalidades e identidades de género.

tales límites y adquirieron pregnancia al interior de los feminismos, ámbito en el que la GS se ha erigido en uno de los principales puntos de tensión.³

En este sentido, el trabajo de Lamm (2012) esquematiza los ejes en los que se ha estructurado el debate doctrinario en torno a esta figura. Al respecto, la autora indica que, entre los argumentos que se sostienen en contra de la reglamentación de esta práctica, se indica que la GS constituye un contrato inmoral y que, de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, ya que las personas se encuentran fuera del comercio. En esta línea, se enfatiza el carácter ilícito del objeto y contrario a las buenas costumbres, que podrían revestir los eventuales contratos de GS. En esta postura se inscribe Sambrizzi (2012), quien ha remarcado que un contrato como el de GS atenta contra la dignidad de la persona, señalando que las personas están fuera del comercio, por lo que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, añadiendo que el valor de las personas no es susceptible de ser medido; y que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima. Así, un pacto como el de la GS se encuentra, según afirma el autor de referencia, fuera de la autonomía de la voluntad de las partes.

Entre los restantes ejes argumentales que cimientan las posturas en contra de la GS, podemos puntualizar, siguiendo a Lamm, la crítica a la utilización del cuerpo de las mujeres,⁴ elemento que se encuentra ligado a una lectura del fenómeno desde un enfoque que considere como dimensión analítica a la clase y la geopolítica; esto es, utilización generalizada de los cuerpos de las mujeres pobres y de los países de la periferia, por mujeres ricas o de países del centro o “primer mundo”. Estos planteos que no se ciñen a la producción académico jurídica, sino que son asimismo sostenidos al interior del campo teórico político de los feminismos, destacan entonces la manipulación, explotación y cosificación del cuerpo de las mujeres, que asumen mayoritariamente el lugar de gestantes en la GS.

Un tercer núcleo argumental en contra de esta práctica se erige en torno a los derechos de los niños y las niñas que nacen como consecuencia de ella. Siguiendo a Lamm (2013), el cuestionamiento finca en los perjuicios al niño o a la niña nacido/a por GS, atento el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación. Así, quienes adscriben a este posicionamiento plantean que la GS implica convertir al hijo o a la hija en objeto de comercio, a la vez que destacan que, en esta práctica, se desplazan los intereses del/ de la niño/a, por el de los futuros padre/madre, que son los que

³ En este punto, estimamos necesario aclarar que, si bien a los fines expositivos y para otorgar mayor claridad al desarrollo del tema, hemos optado por puntualizar los ejes del debate que atraviesa a la GS en el campo de la doctrina jurídica, por un lado, y de los feminismos, por el otro, ello no implica, de modo alguno, entender que ambos ámbitos de debate constituyen compartimentos estancos con límites infranqueables sino que, más bien, en muchos casos la perspectiva de género alimenta posicionamientos sostenidos por juristas imprescindibles, tales como Marisa Herrera, Natalia De la Torre, Mariel Molina de Juan, Aída Kemelmajer de Carlucci, entre otras. No obstante, reiteramos, por cuestiones atinentes a una mejor exposición del tema, recurrimos a la distinción señalada anteriormente.

⁴ En este aspecto, reiteramos lo expuesto en la nota al pie n.º 2, respecto a que la capacidad de gestar no es exclusiva de las mujeres, sino que comprende a otras identidades de género, como varones trans, transmascunidades e identidades no binarias, solo por mencionar algunas posibilidades. No obstante, las posturas críticas a la GS relevadas se centran en el lugar de las mujeres gestantes, y en la explotación de estas, principalmente, por lo que la alusión a la categoría mujeres, en este apartado, responde a la pretensión de las autoras de este artículo de reconstruir las críticas dirigidas hacia la GS, en su formulación original.

prevalecen.⁵ Este cuestionamiento ha sido sostenido por Basset (2016), quien afirma que el enfoque de la GS desde la voluntad procreacional conlleva un cambio de eje de la filiación, ya que el punto de partida en esta práctica no es la configuración de todas las reglas de acuerdo al interés superior del niño, sino que se emplaza, en primer lugar, el derecho de los padres a engendrar y, en un segundo plano, se consideran los derechos de los/las niños/as.

Por otra parte, las voces que se expresan a favor de la regulación de la GS lo hacen desde construcciones argumentales que, siguiendo a Lamm (2012), encuentran su cimiento en los siguientes argumentos: en primer lugar, enfatizan la importancia de la libertad reproductiva como así también el derecho de las personas gestantes a servirse libremente de su cuerpo, a la vez que apelan a los principios de igualdad y no discriminación, resaltando que esta práctica representa una de las pocas alternativas con que cuentan las parejas de varones cis para la constitución de una familia. Asimismo, estas posturas plantean, en respuesta al argumento que afirma la inmoralidad de la GS, que, actualmente, la función de la ley no es la de castigar ni condenar la inmoralidad. Además, oponen al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante –cabe aclarar, persona gestante–, que quienes optan por participar de tal práctica cuentan con capacidad de consentir. Así, plantean que el argumento de la explotación de la mujer gestante es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer.⁶ En particular, desde la premisa de que la GS representa una realidad insoslayable, Herrera y De la Torre (2016) abogan por la regulación de la práctica y su recepción normativa en nuestro ordenamiento jurídico. En una línea similar, Krasnow (2017) destaca la necesidad de regulación que contemple la realidad involucrada en la GS (pp. 86-87). En sintonía, Medina (2016) se ha pronunciado desde un enfoque que hace hincapié en la importancia de una legislación que otorgue seguridad jurídica a las personas involucradas en esta práctica, y a los niños y las niñas nacidos/as mediante convenios de GS. Por su parte, Famá (2017) subraya que, si bien los alcances de la figura y su diseño legislativo merecen un debate serio, lo cierto es que la regulación de la GS resulta imperiosa, tanto desde una perspectiva que pondere los derechos humanos de las partes involucradas en la práctica, como desde una lectura que se centre en los derechos de los/las niños/as nacidos/as mediante esta técnica, a la vez que advierte que la ausencia de legislación impide ejercer un adecuado control sobre esta técnica para evitar que se convierta en un instrumento de explotación de las mujeres más vulnerables (pp. 244-247).

Por último, no es ocioso reiterar que el debate de la GS atraviesa al campo de la práctica política y la producción de saberes feministas. En este sentido, De la Torre (2021) caracteriza a la GS como un “problema público que corroe y pone en crisis un paradigma del derecho filial” (2021, p. 2), y señala con acierto que el debate suscitado en torno a esta figura no es susceptible de ser presentado a partir de dos posturas opuestas sostenidas, exclusivamente, cada una por un sector de la sociedad, ya que el debate generado al calor

⁵ Un desarrollo en profundidad de las posturas que se oponen y se pronuncian a favor de la GS, como de los argumentos que las sostienen, es realizado por Lamm (2012) y Famá (2017).

⁶ Ver: Herrera y De la Torre (2016); Medina (2016); Famá (2017); Krasnow (2017); Lamm (2013) y Gil Domínguez (2017), entre otros.

de la GS no admite lecturas maniqueas, ni estructura posiciones tan nítidas al interior de los distintos actores sociales. Así, la autora señala que sectores tradicionalmente conservadores coinciden en este asunto con ciertas líneas del feminismo que lejos están de ser reaccionarias o conservadoras, pero que entienden que la GS contribuye a la mercantilización y cosificación de los cuerpos de las mujeres en el rechazo a esta práctica, mientras que, desde otras posturas que también abrevan en los feminismos, se postula la necesidad de legislar la GS, con basamento en argumentos que enfatizan la capacidad de consentir libremente de las mujeres y de personas con capacidad de gestar, y descartan por tutelares las miradas que cuestionan el libre consentimiento de las gestantes en tales casos. Similares tensiones se generan, indica la autora, hacia el interior de los espacios LGTBIQ+. En este sentido, la autora afirma que, aunque todos los espacios de diversidad y disidencias sexo-genéricas convergen en la necesidad de regular la GS solidaria o altruista, algunas organizaciones, por ejemplo, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, rechazan la necesidad de que estos procedimientos sean realizados con un control estatal previo, mientras que, por otra parte, espacios como 100 % Diversidad y Derecho han apoyado proyectos de ley centrados en la idea de protección de la mujer gestante a través de un proceso judicial previo a la realización de la técnica (De la Torre, 2021, p. 2).

III. Gestación por sustitución en la jurisprudencia de Córdoba

Como se ha expuesto, una consecuencia lógica de la constitucionalización del derecho privado estriba en la intensidad con que se proyecta el paradigma de derechos humanos en el campo del derecho de familias. Entre las transformaciones sustantivas que se producen en este ámbito, Lloveras destaca que el nuevo paradigma familiar desplaza la noción que constreñía el derecho de familias al derecho privado, enfatizando que esta rama dialoga de manera constante con el derecho constitucional. En este sentido, la autora ha señalado que “la regulación de las familias desde el derecho constitucional plasma la realización efectiva y concreta de los DDHH de cada uno de los integrantes” (2018, p. 110). En sintonía, Kemelmajer de Carlucci (2014) ha indicado que la normativa fondal atinente al derecho de familias, inspirada en el diálogo entre derechos, principios constitucionales y realidad social, parte de una premisa fundamental: la afirmación de que la familia no es un concepto natural, sino cultural. De ello se desprende, entonces, la imposibilidad de ceñir a la familia a un modelo universal e inmutable, ya que, en la realidad, se materializan diversos tipos de organización familiar. En este esquema, el nuevo CCCN se presenta como un “código para una sociedad multicultural” (Herrera, Caramelo y Picasso, 2016, p. 9).

En consonancia con lo expuesto, encontramos que, en las resoluciones analizadas,⁷ el vacío normativo y la ausencia de regulación normativa expresa de la GS en la

⁷ Tal como se señaló en la introducción, se analizaron un total de siete resoluciones judiciales dictadas por juzgados de la Provincia de Córdoba, a partir del año 2015, que fueron publicadas en el Boletín Judicial o en la sección Novedades del portal del Poder Judicial, y versaron sobre autorizaciones y solicitudes de homologación de acuerdo en materia de gestación por sustitución, las que seleccionamos en base a un criterio que ponderó la variable temporal y geográfica. El listado de resoluciones y sus referencias se consigna en la bibliografía.

codificación fondal es suplida por la recurrencia a principios que informan nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, la jurisprudencia materializa, en su labor, lo reseñado por la doctrina que ha caracterizado al CCCN como un código de principios y valores (Krasnow, 2017, p. 8). De ello, se sigue que ante casos no receptados en forma explícita por el CCCN, que exhiban elementos que no se engasten en los supuestos previstos por el ordenamiento fondal, la respuesta jurisprudencial tendrá que ser elaborada atendiendo a los principios que nutren e inspiran la codificación actual.

III. a. Principio de reserva y legalidad

Un aspecto central vinculado a los casos de GS que son llevados a resolver reside en la ausencia de previsión normativa expresa de la práctica, elemento que no excusa a los tribunales de resolver. En particular, las resoluciones indican que, si bien la práctica no se cuenta con consagración normativa en forma expresa, lo cierto es que, por imperio de los principios constitucionales, esta posibilidad tampoco está prohibida. En esta hermenéutica, asume rol preponderante el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), que consagra: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. De esta manera, los tribunales sostienen que “la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la CN todo aquello que no está prohibido está permitido”.⁸

En aplicación de lo dispuesto por el título preliminar del CCCN, que estipula que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la CN y los tratados de derechos humanos, la labor jurisprudencial cubre el vacío normativo existente en relación a la GS a partir de los principios constitucionales, desde una interpretación sistemática de los casos.

Así, la jurisprudencia destaca que

del principio de legalidad dispuesto constitucionalmente se desprende que todo lo que no está prohibido está permitido. El principio de reserva por su parte, refiere a la facultad de las personas humanas dentro de lo permitido, sin que ello pueda implicar sanción alguna.⁹

De este modo, la jurisprudencia se hace eco del cambio de paradigma que, siguiendo a Gil Domínguez (2016) se cristaliza en el nuevo CCCN y, en especial, en las normas que integran el título preliminar.¹⁰ Un aspecto central de este cambio paradigmático finca en la concepción de que las normas que integran la actual

⁸ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación de La Carlota, Secretaría 2, sentencia n.º 34 del 19/05/2020, en autos: “A., A.A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

⁹ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, Auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

¹⁰ El autor postula que tales normas evidencian el pasaje sin escalas de un código del siglo XIX que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho, a un código del siglo XXI que recepta como estructura general de interpretación y aplicación el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino (Gil Domínguez 2016).

codificación cumplen una exclusiva función de garantía primaria de eficacia de los derechos establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos (Gil Domínguez, 2016, p. 2). Así, como consecuencia de la aplicación del marco exegético integrado por el bloque de constitucionalidad, los tribunales advierten que la ausencia de previsión normativa expresa de la práctica en cuestión puede constituir un obstáculo para el ejercicio pleno de derechos de las personas involucradas en ella, por lo que enfatizan la importancia de la labor judicial en tanto instancia que habilita la efectivización de tales derechos. En esta línea, señalan que

el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (...) no puede –desde, como se dijera, una obligada perspectiva pro homine– constituirse en un valladar para el acceso de R., a esta TRHA, so pena de convalidarse un acto de discriminación.¹¹

La ausencia de previsión normativa expresa, entonces, no constituye un obstáculo para que los juzgados puedan resolver los casos de GS. En esta labor, el principio de reserva y legalidad constituyen verdaderos cimientos en los que se edifica la argumentación jurisprudencial.

III. b. Pluralidad y protección a las familias

En este marco en que las decisiones adoptadas en el ámbito judicial encuentran, por imperio de las propias disposiciones fundales, en los principios del bloque de constitucionalidad su guía axiológica, asumen especial fuerza los principios de reserva y legalidad en la resolución de casos de GS. Tales pautas hermenéuticas adquieren singular resonancia en el campo del derecho de las familias, y merecen ser leídas en estrecho vínculo con el principio de pluralidad, medular en este ámbito. Al respecto, es menester recordar, siguiendo a Krasnow (2017), que la construcción de un derecho de las familias más humano y respetuoso de la diversidad impone, necesariamente, la contemplación de las diversas formas familiares que coexisten en la realidad junto a la familia nuclear tradicional. Es que, en un Estado constitucional y convencional de derecho, es imperioso que el concepto constitucional de familia parta del pluralismo y el respeto por la diversidad (Famá, 2017, p. 13). Desde este prisma, se presenta como imperativo la protección de la familia, consagrada en el art. 14 bis de nuestra carta magna, y que, a la luz del paradigma de derechos humanos y del principio de pluralidad, presenta una nueva proyección.

Así, la protección que la CN y los tratados internacionales de derechos humanos confieren a la familia¹² debe ser interpretada desde el dato inexorable que arroja la realidad: la coexistencia de diferentes modalidades de organización familiar. De este

¹¹ Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación Villa María, sentencia n.º 47, del 8/6/2018, en autos: “R., R. A. y otros – Autorizaciones”.

¹² Art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 16.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

modo, se impone que todas las formas familiares sean alcanzadas por “un piso mínimo de protección signado por el acceso en condiciones de igualdad a los derechos fundamentales” (Famá, 2017, tomo I, p. 59). Estos preceptos guardan armonía con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”,¹³ que, en su labor de interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos, destacó que el mentado instrumento convencional no brinda un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege solo un modelo “tradicional” de esta.

Tales pautas interpretativas son retomadas por el discurso jurisprudencial que, en los casos de GS considera, especialmente, el principio de pluralidad imperante en el derecho de familias y recupera, en tal sentido, la jurisprudencia de la CIDH. Así, los tribunales señalan, retomando lo dicho por la CIDH, que

la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar.¹⁴

En este marco, además, es de importancia señalar que la jurisprudencia enfatiza el carácter social y jurídicamente construido del concepto de familia, elemento que aparece asociado a la necesaria protección de todas las formas familiares. Así, una de las resoluciones analizadas, sostiene que

la familia puede constituirse de diferentes formas (...) puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad (...) el concepto jurídico de familia (...) no está atado a la naturaleza.¹⁵

Como arista vinculada a la protección de las familias, el discurso jurisprudencial plasmado en los fallos relevados destaca el derecho de las personas a constituir una familia y a que se respete la vida privada y familia, derechos que hacen a la autorrealización de las personas y que implican que “la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, se encuentre exento de todo tipo de injerencias arbitrarias”.¹⁶

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012.

¹⁴ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 20 del 21/05/2020 en autos: “R., L. A. Y OTROS – SUMARIA”.

¹⁵ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

¹⁶ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación de La Carlota, Secretaría 2, sentencia n.º 34 del 19/05/2020, en autos: “A., A.A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

III. c. Autonomía: igualdad, no discriminación y protección a las diversas formas familiares

Lo expuesto se vincula, asimismo, con el principio de autonomía que presenta una nueva configuración en el actual derecho de familias y aparece estrechamente ligado al principio de reserva del art. 19 de la CN. En este sentido, se ha advertido que nuestra actual regulación de las familias abre y cierra las puertas a la autonomía de la voluntad (Krasnow, 2017, p. 26). La apertura está marcada por la multiplicidad de manifestaciones familiares reconocidas y amparadas por el actual ordenamiento jurídico, mientras que el cierre viene dado por los límites que, fundados en la protección de derechos fundamentales, campean el orden público familiar. De este modo, la autonomía en el ámbito del derecho de familias debe ser complementada con principios y valores constitucionales.

El reconocimiento de la autonomía, el derecho de las personas a la construcción del propio proyecto de vida y la protección de las diversas formas familiares encuentran puntos de contacto con el principio de igualdad y no discriminación. En este punto, Famá (2017) plantea que la igualdad, es tanto un principio, como un derecho. En el primero de los sentidos, la igualdad se irradia al resto del ordenamiento y constituye una guía de apreciación, a la vez que se erige en mandato de optimización. En tanto derecho, la igualdad aparece interrelacionada con el resto de los derechos fundamentales y configura un presupuesto para el ejercicio de estos (2017, p. 32).

El derecho constitucional a la igualdad, previsto por el art. 16 de la CN, es objeto de especial ponderación por los tribunales al resolver en caso de GS. De este modo, las circunstancias que hacen a las diferentes plataformas fácticas de los casos llevados a resolver son valoradas en el análisis judicial desde el prisma de la igualdad. Así, las resoluciones destacan:

en atención que existen mujeres y hombres que no pueden procrear de manera natural y lo hacen a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), igual derecho deben tener aquellos que, a más de no poder procrear de manera natural se suma la circunstancia que no pueden efectivizar la gestación (...) el hecho de no poder efectivizar el embarazo por problemas sobrevinientes (...), no puede esto perjudicar aún más a esta mujer y colocarla en una situación de desventaja y desigualdad frente a otras mujeres que se encuentran en situación de imposibilidad de procrear naturalmente pero que no cuentan con dificultad de portar el embrión en su vientre.¹⁷

La exégesis doctrinaria señala que el principio de igualdad encuentra su contracara en la no discriminación, entendida como “el trato diferencial de los individuos a quienes se consideran pertenecientes a un grupo social determinado” (Famá, 2017, p. 33).

¹⁷ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, Auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

Igualdad y no discriminación, entonces, se amalgaman e integran, siguiendo a la autora citada, uno de los ejes estructurales del derecho filial. En consonancia con lo expuesto, observamos que en los casos de GS analizados la igualdad y no discriminación se enlazan como pilares sobre los que se edifica la valoración del caso desde la perspectiva de los derechos humanos. Así, se ha indicado:

rechazar la GS afectaría el derecho a la igualdad por la orientación sexual puesto que la GS es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (...). Así, si se consagra la igualdad de acceso a las TRHA, negar esta alternativa nos conduce a una discriminación por razón del sexo y de la orientación sexual, ya que pueden acceder dos mujeres o una pareja heterosexual, pero no una pareja conformada por dos varones.¹⁸

III. d. Interés superior del niño o de la niña y derecho a la identidad

El interés superior de niños/as (en adelante, ISN) constituye un principio rector al que debe apelarse en aquellos casos en que se ventilen cuestiones vinculadas a derechos de estos. Ello, por imperio de las disposiciones de orden convencional (art. 3, Convención de los Derechos del Niño [CDN]) y, también, como efecto de las normativas del derecho doméstico (art. 3, ley 26.061, art. 707 CCCN). En este sentido, la doctrina ha caracterizado al ISN como un concepto indeterminado, que adquiere precisión ante los hechos y pruebas del caso concreto, quedando la determinación de su contenido supeditado al razonamiento jurídico que efectúe la resolución judicial que lo valore, en cada supuesto fáctico particular. Así, de tal consideración debe resultar “la máxima satisfacción simultánea y su alcance en la situación concreta” (Kowalenko, 2018, p. 288). De esta manera, el ISN aparece como mandato de optimización que, lejos de quedar predeterminado en un sentido único de manera cerrada, no puede ser escindido, en su valoración, de las diferentes plataformas fácticas de cada caso.

En las resoluciones analizadas, el ISN se presenta como pauta hermenéutica medular. Los argumentos formulados por los tribunales lo analizan a la luz de las circunstancias particulares del caso, a los fines de arribar a la solución que contribuya en mayor medida a su materialización. De este modo, se ha sostenido que la disposición prevista por el art. 562 del CCCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, sobre la base de la especial ponderación del ISN. En este marco, se planteó:

si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del art. 562 (...) es patente:

¹⁸ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 20 del 21/05/2020 en autos: “R., L. A. Y OTROS – SUMARIA”.

será tenida por madre –por el hecho del parto– quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no será padre/madre quién si quiere serlo, desde siempre, y además, es su real progenitor.¹⁹

De esta forma, en los casos de GS llevados a resolver ante los tribunales, el ISN luce ligado en forma ineludible a la necesidad de que la filiación del/ de la niño/a nacido/a de la práctica esté determinada en las personas que manifestaron su voluntad procreacional, y no en relación a la gestante. Así, el ISN se valora en forma conjunta con el derecho a la inscripción registral de niños/as (art. 7 de la CDN), en resoluciones que afirmaron que

el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento (...) reviste suma importancia porque (...) es determinante para el goce efectivo de los demás derechos (...) Entiendo que la inscripción como hijo/a de quienes quieren ser sus progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño.²⁰

En estrecha relación con el ISN, los tribunales valoran el derecho a la identidad de niños/as nacidos/as de la GS. En este aspecto, cuadra recuperar lo apuntado por la elaboración doctrinaria en relación a las dos facetas que integran este derecho, por lo que es posible afirmar que el derecho a la identidad no se limita ni ciñe al aspecto biológico o físico de una persona, elemento estático de la identidad; sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona en su vida privada y social, elemento dinámico (Krasnow, 2017, p. 27; Famá, 2017, p. 25). En esta línea, los tribunales plantean que el derecho a la identidad de los/as niños/as que nazcan por GS se resguarda en tanto su emplazamiento filial quedará determinado en relación a los progenitores, que manifestaron su voluntad procreacional. De esta manera, se sostuvo que tal derecho a la identidad “podría sufrir una afectación, si dando resultado las prácticas médicas, el nacimiento del niño y su posterior inscripción no se compadezcan con la voluntad procreacional”.²¹

Como dimensión vinculada al derecho a la identidad, se hace especial énfasis en el derecho a conocer los orígenes. En este marco, las resoluciones analizadas plantean la importancia de que los progenitores pongan en conocimiento de los/las hijos/as que nacieran por GS su origen gestacional, conforme la capacidad progresiva de estos/as. Así, se resolvió:

resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (...) En este caso, el peticionante deberá asumir el

¹⁹ Juzgado de Familia de Primera Instancia y 5.ª Nominación de la ciudad de Córdoba, auto n.º 587 del 29/10/2021 en autos: “P. B. R. – T.V. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

²⁰ Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 47, del 08/06/2018, en autos: “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”.

²¹ Juzgado de Familia de Primera Instancia y 5.ª Nominación de la ciudad de Córdoba, auto n.º 109, del 13/3/2020, en: “A. S. M. I. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.²²

III. e. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, al acceso a las TRHA y a la salud reproductiva

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico se encuentra consagrado por el art. 15 b) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doctrinariamente, se afirmó la estrecha conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica (Famá, 2017, p. 94). En este aspecto, el derecho a intentar procrear se presenta como un aspecto central del derecho humano a la salud reproductiva, lo que no implica la exigibilidad de un resultado positivo producto de las TRHA, pero sí el derecho a acceder al progreso científico como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, tales como formar una familia.

En los decisorios analizados, el derecho a procrear se analiza de manera vinculada al derecho a la salud sexual y reproductiva.²³ Asimismo, se plantea que tales derechos requieren, necesariamente, la posibilidad de acceder a los beneficios del progreso científico y a las TRHA.²⁴ Las resoluciones en análisis recuperan, en este sentido, lo expresado por la CIDH en “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”²⁵, y plantean que

la salud reproductiva es un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...) el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.²⁶

Asimismo, el discurso jurisprudencial en los fallos relevados resalta que el Estado argentino tiene la obligación internacional de respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y reproductiva de sus habitantes,²⁷ y de adoptar las medidas para asegurar el acceso igualitario y universal a los servicios de atención médica, lo que incluye aquellos relacionados con la salud sexual y reproductiva.²⁸

²² Juzgado de Familia de Primera Instancia y 5.^{ta} Nominación de la ciudad de Córdoba, auto n.º 587 de fecha 29/10/2021 en autos: “P. B. R. – T.V. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

²³ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”.

²⁴ *Ibid.* y Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación de La Carlota, Secretaría 2, sentencia n.º 34 del 19/05/2020, en autos: “A., A.A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

²⁶ Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 47, del 08/06/2018, en autos: “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

²⁷ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación de La Carlota, Secretaría 2, sentencia n.º 34 del 19/05/2020, en autos: “A., A.A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

²⁸ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, Auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

III. f. Un marco ineludible: la perspectiva de género en los casos de GS

La actual legislación en materia de derecho de familias, como efecto del proceso de constitucionalización del derecho civil, encuentra una de sus fuentes en los principios fundamentales que en materia de igualdad de géneros formulan los tratados de jerarquía constitucional y suprallegal (Herrera y Salituri Amezcúa, 2018). En este punto, destacan dos convenciones que se erigen en pilares fundamentales: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (18/12/1979), ratificada por Argentina en 1985, e integrada al bloque de constitucionalidad mediante el art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna, a partir de la reforma del año 1994; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), adoptada por la Organización de Estados Americanos en 1994, y ratificada por Argentina en el año 1996.

Las resoluciones bajo análisis destacan la inexorable aplicación de la perspectiva de género como marco analítico desde el que ponderar y valorar los casos ventilados ante los tribunales en materia de GS. Así, en clara reverberación de los principios convencionales que constituyen la directriz axiológica desde la que analizar los casos concretos, la labor judicial aplica y examina, en forma minuciosa, las singularidades de cada hipótesis fáctica desde los lentes de género. Para ello, se recuperan elaboraciones teórico-analíticas provenientes del campo de los estudios de género, como así también las disposiciones consagradas por los tratados internacionales que abordan esta cuestión en particular.

De esta manera, en los fallos analizados, el discurso jurisprudencial reconstruyó elementos centrales de la perspectiva de género, enfatizando la importancia de su transversalidad, y destacando que su aplicación no debe quedar reducida única y solamente a casos de violencia o femicidio. En este sentido, además, la resolución que a continuación se cita destaca que la mirada de género implica analizar la construcción social de las relaciones entre los géneros, a la vez que se hace hincapié en el carácter relacional y vincular del enfoque. Así, postula:

el concepto de género –comprensivo de ambos sexos– consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura (...) no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente.²⁹

En este orden, la resolución de referencia pone énfasis en la necesaria aplicación de la perspectiva de género como parte del camino tendiente a lograr una plena y real igualdad de las mujeres, dimensión que impone el deber de reflexionar sobre los estereotipos atravesados por el género. Al respecto, debe enfatizarse que los estereotipos

²⁹ Juzgado de Familia de Primera Instancia y 5.^{ta} Nominación de la ciudad de Córdoba, Auto n.º 109, del 13/3/2020, en: “A. S. M. I. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

de género han sido objeto de atención por parte de los tratados internacionales que tutelan los derechos humanos de las mujeres, destacándose especialmente la incidencia de estos en la génesis de prácticas discriminatorias. Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su artículo 5 inc. a, interpela a los Estados parte a fin de que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. (CEDAW, art. 5)

En forma armónica con lo expuesto, los tribunales postulan la necesidad de “erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como ‘inscriptos’ en nuestro propio ser” (CEDAW, art. 5). El prisma integrado por las construcciones teórico-normativas que atañen a la cuestión de género se proyecta, con especial intensidad, en los casos de GS, habida cuenta que, en tales supuestos, advierte la labor jurisprudencial, se ven involucrados “el derecho de una mujer a ser madre (comitente) y otra a gestarlo (gestante) y el derecho a constituir una familia” (CEDAW, art. 5).

En este punto, con basamento en lo dispuesto por CEDAW y Belém do Pará, se plantea la importancia de examinar el asunto atinente a la salud reproductiva en los casos de GS desde el enfoque de género, con una mirada que propenda al goce integral de los derechos humanos de las mujeres. En consecuencia, la hermenéutica jurisprudencial inscribe la elección de ser madre, y/o de disponer del propio cuerpo para contribuir al deseo de maternidad de otra persona como parte del derecho más amplio del desarrollo de la libre personalidad. Así, afirma que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por lo que la decisión de ser o no madre, en sentido genético o biológico, es parte del derecho a la vida privada”.³⁰ La perspectiva de género se impone, entonces, como marco exegético ineludible en los casos de GS, en los que necesariamente se encuentra en juego el derecho de las mujeres a decidir y en los que el derecho a la igualdad presenta nuevas aristas. Así, se ha planteado, en el examen de los derechos de la madre por voluntad procreacional, que

soslayar la perspectiva de género en el caso de marras podría colocar a la mujer con voluntad procreacional y óvulos propios crios preservados, pero impedida de gestar por daño uterino, en una desigualdad frente al hombre que, en iguales circunstancias (no pudiendo procrear) podrá ser padre

³⁰ Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 47, del 08/06/2018, en autos: “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

concretando su voluntad procreacional a través de la donación de material genético.³¹

Desde este enfoque, los fallos valoran el derecho de la gestante a decidir y disponer sobre su propio cuerpo, derechos que conllevan, como contracara, el deber del Estado de respetar tal decisión. Así, en una de las resoluciones analizadas, el Tribunal afirma:

La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista (...) ejerce su derecho constitucional a disponer de su propio cuerpo en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora R. voluntad procreacional. Poner cortapisas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada.³²

Ahora bien, el ejercicio de estos derechos y el respeto por tales decisiones que forman parte de la elección del proyecto de vida y autorrealización de las mujeres encuentran límites claros que representan auténticos presupuestos que delimitan la legitimidad y validez de la práctica de GS: el altruismo y la ausencia de remuneración económica hacia la persona gestante –tal como emerge de la cita transcrita en el párrafo que antecede–, elemento que se considera, en los casos relevados, como mecanismo tendiente a evitar la explotación económica de mujeres en situación de vulnerabilidad por medio de esta práctica. Sobre este aspecto, el resolutorio referido enfatiza que la valoración, por parte de la jurisprudencia, de los casos de GS, ha sido sumamente cautelosa y cuidadosa, y que “legitimó solamente los casos en los que no se aprecia ningún aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad y sí intenciones claramente humanitarias y solidarias”.³³ En idéntico temperamento, en otro caso, el tribunal subrayó la importancia de que, en el examen jurisprudencial de los casos de GS, se pondere con especial atención la inexistencia de elementos que puedan habilitar, en algún sentido, la explotación económica de mujeres en condiciones de vulnerabilidad. Así, afirmó que “resulta menester el adecuado control de la técnica para evitar la explotación de mujeres más vulnerables con beneficios económicos para los intermediarios”.³⁴

IV. A modo de conclusión

La reforma del CCCN ha cristalizado el proceso de constitucionalización del derecho privado. En consecuencia, los institutos del derecho de familia experimentaron una transformación sustantiva que no se limitó, únicamente, a la modificación normativa de las disposiciones que regulan las relaciones de familia, sino que, en algunos casos, implicó el cambio de denominación de figuras típicas de esta rama del derecho. Con base en los

³¹ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de Jesús María, auto n.º 460 del 12/06/2019, en autos: “D.L.F., J.R. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN”.

³² Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, sentencia n.º 47, del 08/06/2018, en autos: “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES”.

³³ *Ibid.*

³⁴ Juzgado de Familia de Primera Instancia y 6ta. Nominación de la ciudad de Córdoba, auto del 13/08/2019, en: “F., C. Y OTRO”.

principios del orden convencional y constitucional que inspiraron la actual codificación, el actual derecho de familias reconoce, en materia atinente a filiación, la existencia de tres fuentes filiales, a la vez que consagra la igualdad de efectos de las filiaciones.

No obstante, la GS no obtuvo recepción normativa. De esta manera, la ausencia de previsión regulatoria generó la necesidad de que, aquellas personas que optaran por esta práctica, tuvieran que acudir a los tribunales para que el/la niño/a que naciera en consecuencia no fuera emplazado como hijo/a de la persona gestante, lo que acontecería como efecto y consecuencia lógica de lo prescripto por el art. 562 del CCCN; sino que tuviera el emplazamiento filial de aquellos que tuvieron voluntad procreacional.

En este trabajo hemos analizado los argumentos que elaboró la labor jurisprudencial en tales casos. En esta línea, encontramos que el vacío normativo que el actual ordenamiento fondal presenta en relación a la GS es suplido en la solución jurisprudencial mediante el empleo de disposiciones y principios del orden convencional constitucional y de la perspectiva de género. Así, los tribunales resuelven los casos concretos que son llevados a resolver mediante la alusión a los principios de legalidad y de reserva, que son ponderados, especialmente, a la luz de las disposiciones que integran el título preliminar de nuestro código y prescriben las fuentes que deben ser aplicadas en la resolución de los casos. De igual modo, se analiza especialmente el principio de autonomía y el desarrollo del propio proyecto de vida, derechos que aparecen estrechamente vinculados al principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, la labor judicial valora, con especial ahínco, el interés superior del niño/a nacido/a de la GS, y arriba en tal sentido a la conclusión de que en nada contribuiría al respeto y la tutela del superior interés de aquellos/as el emplazamiento filial establecido en cabeza de la gestante, quien no cuenta con voluntad procreacional; por lo que concluye que la mejor solución es aquella que contempla que las personas nacidas por GS tengan vínculo filial con quienes manifestaron su voluntad procreacional. Este criterio asume protagonismo, sobre todo, al momento de determinar la aplicabilidad o constitucionalidad del art. 562 del CCCN.

La perspectiva de género integra, asimismo, el marco desde el que la labor jurisprudencial pondera los planteos de GS. En este sentido, los tribunales analizan que el consentimiento de la persona gestante esté libre de condicionamientos y se encuentre fundado en razones altruistas, como mecanismo tendiente a evitar que la autorización judicial de la práctica pueda conllevar la legitimación de la explotación de las mujeres de sectores vulnerables. El conjunto de estos elementos constituye los principales nudos argumentales en que los tribunales cordobeses han edificado su fundamentación en los casos de GS. De esta manera, el discurso jurisprudencial resuelve, ante la ausencia normativa, los casos de GS desde el prisma integrado por el paradigma de derechos humanos y la perspectiva de género.

IV. Bibliografía

- Basset, U. (2016). *Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parte, ¿es contrario a los derechos humanos?* LL 02/05/2016, AR/DOC/1311/2016
- Birgin, H. y Gherardi, N. (Coords) (2012). *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- De la Torre, N. (2021). *La gestación por sustitución y el debate en torno a su reconocimiento legal en la Argentina 2012-2021*. Cita: RC D 568/2021
- Famá, M. V. (2017). *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*. Tomos I y II. La Ley.
- Gil Domínguez, A. (2016) La triple filiación y el Código Civil y Comercial. *La Ley Online*. Cita: TR LALEY AR/DOC/1010/2016
- Herrera, M. (2016). Cuando los derechos humanos interpelan las relaciones de familia: la legislación civil al banquillo. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, 6(11).
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomos I y II. Infojus.
- Herrera, M. y De la Torre, N. (2016). La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa. *La Ley*, 03/11/2016, 03/11/2016, 1. *La Ley* 2016-F, 663. Cita: TR LALEY AR/DOC/3039/2016
- Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. (2016). Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil. *RCyS2016-VII*, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/1607/2016.
- Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. (2018). El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 49.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *La Ley*, 08/10/2014. Cita Online: AR/DOC/3592/2014.
- Krasnow, A. (2017). *Tratado de derecho de las familias. En estudio doctrinario y jurisprudencial*. Tomos I y III. La ley.
- Kowalenko, A. (2018). Filiación adoptiva. En N. Lloveras, N. (Dir.) *Manual de derecho de las familias* (pp. 275-369). Tomo I. Mediterránea.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. *Realidad y Derecho, InDret, Revista para el Análisis del Derecho*.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Ed. Universitat de Barcelona.
- Lloveras, N. (Dir.) (2018). *Manual de derecho de las familias*. Tomo I. Ed. Mediterránea.
- Medina, G. (2016). Gestación por otro. problemas y soluciones jurisprudenciales. *DFyP*, 3. Cita Online: AR/DOC/3634/2016
- Posada Kubissa, L. (2021). Sobre los “vientres de alquiler”. Debates y reflexiones desde la crítica feminista. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 186-198. doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2021.6070>
- Sambrizzi, E. (2012). La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. El Derecho. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>

Resoluciones judiciales analizadas (ordenados por criterio cronológico)

Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación Villa María, sentencia n.º 47, de fecha 8/6/2018, en autos: “R., R. A. y otros – Autorizaciones”. Novedad 03 de julio de 2018.

<https://www.justiciacordoba.gov.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=1514>

Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Jesús María, auto n.º 460, de fecha 12/6/2019, en autos: “D. L. F., J. R. y otros - Solicitan homologación”. Jurisprudencia. Edición especial: 8M. *Boletín Judicial*, n.º 2/21. Edición especial “Día de la Mujer”.

Juzgado de Familia de 6º Nominación de la ciudad de Córdoba, resolución de fecha 13/8/2019, en autos: “F., C. y otros – Solicita homologación”. Novedad del 20 de septiembre de 2019.
<https://www.justiciacordoba.gov.ar/JusticiaCordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=11885>

Juzgado de Familia de Quinta Nominación de la Ciudad de Córdoba, auto n.º 109, de fecha 13/3/2020, en autos: “A. S. M. I. y otros - Solicita homologación”. Jurisprudencia temática. Edición especial. “Día Internacional de las Familias”. *Boletín Judicial* n.º 12/21.

Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación, Secretaría n.º 2 de La Carlota, sentencia n.º 34, de fecha 19/5/2020, en autos: “A., A. A. y otros - Autorizaciones”. Jurisprudencia de Familia. *Boletín Judicial* n.º 18/20.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación Ciudad de Villa María, sentencia n.º 20, de fecha 21/5/2020, en autos: “R., L. A. y otros – Sumaria”. Jurisprudencia de Familia. *Boletín Judicial*, n.º 21/20.

Juzgado de Familia de 5º Nominación de la ciudad de Córdoba, auto N.º 587, del 29/10/2021, en autos: “P. B. R. – T. V. – Solicita homologación”. Novedad judicial del 08 de noviembre de 2021.

<https://www.justiciacordoba.gov.ar/JusticiaCordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=32601>

DOI: 10.5281/zenodo.8317176

