

Gestación por sustitución

CSJN. “Recurso Queja N° 1 - S., I.N c/ A., C.L s/impugnación de filiación”, 22 de octubre de 2024*

*Por Andrés Gil Domínguez** y Marisa Herrera****

1. Introducción

En el caso que aquí se comenta, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y consecuentemente, rechazó la demanda de impugnación de maternidad promovida por un matrimonio igualitario respecto de una mujer que actuó de forma altruista sin voluntad de ser madre en el marco de un procedimiento de gestación por sustitución (GxS).

Asimismo, dispuso que la mujer gestante fuera inscripta como madre y que el copadre con voluntad procreacional, pero sin aporte de gametos, recurra a la adopción por integración prevista por el artículo 630 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual determina que en dicho supuesto siempre se mantiene el vínculo filiatorio entre el adoptado y el progenitor de origen. Por su parte, la minoría

* Una versión completa de este artículo se publicó en la Revista La Ley, 05/11/2024, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/2793/2024.

** Abogado, doctor en Derecho y posdoctor en Derecho (UBA). Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UBA y UNLPam). Profesor de Doctorado (UBA, Universidad de Salamanca y Universidad de Sevilla). Abogado litigante.

*** Abogada y doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Familia y Sucesiones (UBA, UNDAV y UNLPam).

revocó la sentencia de la Sala E y ordenó la inscripción de la copaternidad solicitada por los actores, desplazando el estado de madre de la mujer gestante.

El proceso de impugnación de maternidad fue iniciado por un matrimonio igualitario contra la mujer gestante con el objeto de que se expidiera una partida de nacimiento en la que figurasen como copadres del niño J.P.S. que había nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). La mujer gestante que actuó de manera altruista y no aportó sus gametos en la conformación del embrión (sino que el mismo se conformó con los gametos femeninos de una ovodonante y el gameto masculino de uno de los copadres) se allanó a la demanda. Cabe destacar que en la partida de nacimiento junto a la mujer gestante figuraba el copadre no aportante de los gametos masculinos.

En primera instancia, la decisión jurisdiccional acogió la pretensión de inscripción registral de copaternidad igualitaria. La Sala E revocó la sentencia de grado y desestimó la demanda. Ante dicha situación, los actores y la demanda interpusieron un recurso extraordinario federal que fue denegado por la Sala E, lo que originó la promoción de los respectivos recursos de queja por recurso extraordinario federal denegado que habilitó la intervención de la CSJN.

Como elemento introductorio determinante es necesario destacar que conceptualmente hablando la denominación correcta de esta técnica de reproducción humana asistida es gestación (traducido en una mujer que no desea ser madre, no aporta sus gametos, no tiene voluntad procreacional y solo cumple el rol de gestante) por sustitución (por cuanto la mujer gestante no pretende sustituir o reemplazar a la persona que tiene voluntad procreacional). Por dicho motivo, es conceptualmente incorrecto denominarla “maternidad subrogada” (como es habitual en los medios de comunicación) o “gestación por subrogación” (como lo hace la mayoría de la CSJN).

También hace falta precisar que la adopción de integración prevista por el artículo 630 y siguientes del CCyCN es una fuente de filiación distinta en sus contenidos y efectos que la filiación mediante TRHA.

Por último, es importante remarcar que la regulación de la GxS estaba prevista en el artículo 562 del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación mediante una vinculación sistémica con el artículo referente a la voluntad procreacional (el actual art. 562) y a la igualdad de las fuentes filiatorias (el actual art. 558), pero que cuando la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación eliminó el artículo referente a la gestación por sustitución descompaginó la lógica del sistema originalmente propuesto sumiéndolo en la opacidad.

El objetivo del presente comentario es analizar la decisión jurisdiccional de la CSJN a la luz del Estado constitucional y convencional de derecho argentino proyectado a una mirada constitucional y convencional del derecho de las familia(s) que se enfoca empáticamente en el peso que detenta la socioafectividad en la GxS como TRHA.

2. Los argumentos de la mayoría y la minoría de la CSJN

La decisión de la mayoría de la CSJN está integrada por el voto individual de Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti –en ese orden– sin que se pueda advertir grandes diferencias en los argumentos expuestos.

En su voto particular, Rosatti invocó los siguientes argumentos:

- La pretensión esgrimida contradice el orden jurídico vigente. Los artículos 558 y 562 del CCyC imponen un límite máximo de dos vínculos filiatorios e invalidan la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz. Son normas de orden público que no son disponibles por convenio de partes (art. 12 CCyC) (CSJN, 2024, consid. 8; voto Rosenkrantz, consid. 8 y voto Lorenzetti, consid. 10).

- Cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma.

- La disposición impugnada no resulta discriminatoria de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho de igualdad de puesto que no evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas. La norma del CCyC cuestionada tendría las mismas consecuencias respecto de aquellas parejas heterosexuales o formadas por mujeres o varones, en las que sus integrantes estuvieran imposibilitados de gestar por algún motivo, como podría ocurrir por alguna causal biológica o psicosomática, por la conformación anatómica de sus integrantes o por su avanzada edad (*Idem*, voto Rosenkrantz, consid. 21 y voto Lorenzetti, consid. 15).

- Es el Congreso de la Nación –y no los jueces– quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre la gestación por sustitución, si es que decide hacerlo, pues se trata de una tarea ajena al Poder Judicial (consid. 10).

- Si bien es cierto que, en nuestro país, en temas trascendentes de familia, primero estuvo el fallo y luego la ley (tal como ocurrió con la causa “Sejean” y la posterior Ley N° 23515 y con la causa “F.A.L.” y la posterior Ley N° 27610), este trayecto no puede convertirse en regla bajo pena de trastocar el principio de división de poderes previsto por el constituyente argentino al consagrar la forma republicana de gobierno.

- Si tal voluntad procreacional expresara el deseo de una mujer de prestar el vientre solo para permitir una gestación, agotándose su cometido de “dar a luz”, la registración filiatoria a su nombre guardaría una consistencia biológica pero no afectiva (porque la gestación no vendría acompañada del deseo de asumir responsabilidad alguna con la criatura después de su nacimiento). Esta postura abriría las puertas al llamado “comercio o alquiler de vientres”, supuesto que el legislador no validó en absoluto y que –en un extremo– podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población (consid. 12).

- Las partes no han demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por el artículo 630 y siguientes del CCyC (consid. 14).

En su voto particular, Rosenkrantz invocó los siguientes argumentos:

- El legislador es quien detenta la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación. A través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial. Las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia –como aquellas relativas a la filiación– son de orden público y por ende indisponibles para las partes (consid. 8).

- Resultan claras las palabras elegidas por el legislador: en todos los casos en que se utilicen TRHA, el hecho de “dar a luz” determina el vínculo filiatorio. La “voluntad procreacional” prevista por el artículo 562 del CCyC se debe considerar a la luz del texto de la norma pues resulta claro que, para el legislador, el hecho de dar a luz determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad de la gestante. La única interpretación que respeta el texto de la norma, tal como fue sancionada por el legislador, es que la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la TRHA, y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de “dar a luz”. Entender, de modo distinto, que el título “voluntad procreacional” fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en los que la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, desconocería las pautas interpretativas mencionadas, puesto que importaría presumir la inconsecuencia del legislador (consid. 13).

- La misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador en el limitado marco cognoscitivo de un conflicto individual, ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquel en ejercicio de sus propias facultades. Especialmente, cuando el Congreso, para suprimir la norma del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea (consid. 15 y voto Lorenzetti, consid. 11).

- La decisión personal de utilizar una TRHA que la ciencia pone a disposición no puede suponer que, al no estar expresamente prohibida, se reconozca con intervención del Poder Judicial un vínculo filiatorio de una forma contraria a la que expresamente estableció el legislador al ponderar los distintos intereses que dicha técnica pone en tensión. Admitir una interpretación diferente, fundada en la autonomía personal, tendría por consecuencia destruir el orden público que rige esta materia, al hacer disponible para las partes una atribución que le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación (consid. 18).

- La disposición del artículo 562 del CCyC no impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley, ni impone un concepto único de familia, sino que se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una TRHA en virtud de los distintos intereses involucrados (consid. 20 y voto Lorenzetti, consid. 14).

En su voto particular, Lorenzetti invocó los siguientes argumentos:

- No es posible afirmar que hay un vacío legal porque existe una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de CCyC elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del CCyC. Por lo tanto, se configura el elemento fáctico y normativo que obliga a resolver el caso por aplicación del artículo 562 del CCyC, que establece que los nacidos por estas técnicas son hijo de la mujer gestante (consids. 9 y 10).

- El análisis de coherencia dentro del sistema del CCyC deriva en que, al regularse la acción de impugnación de la maternidad, el legislador estableció que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 *in fine*). Así como el artículo 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el artículo 562 conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida (consid. 12).

- Los actores y otras personas pretenden recurrir a la GxS por razones muy legítimas, que el tribunal ni nadie puede juzgar, porque forman parte del ámbito de las decisiones vinculadas a la autonomía personal, pero esa decisión trasciende dicha autonomía. La solución no puede basarse en el sólo deseo personal, porque se trata de acciones con repercusiones relevantes hacia terceros (art. 19 de la Constitución argentina) (consid. 17).

- No compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Congreso de la Nación poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico. No sería lícito que los magistrados con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica (consid. 20).

En su voto en minoría, Maqueda desarrolló la siguiente línea argumental:

- En el ordenamiento jurídico argentino la GxS es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción (consid. 10).

- La GxS es el procedimiento que en la actualidad dispone la ciencia médica para que las personas y parejas de mismo sexo masculino o las parejas heterosexuales sin capacidad de gestar, puedan tener hijos con su propio material genético. La elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado, de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de la seguridad y certeza que les brinda el orden jurídico (consid. 11).

- No existe en el ordenamiento legal argentino una norma que de modo expreso, claro y preciso establezca el modo en que debe determinarse la filiación de los niños nacidos a partir de la técnica de GxS, ni que impida hacerlo en favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional. Estas particulares circunstancias demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional en uso de sus facultades legisle en la materia (consid. 12).

- La inscripción registral como hijo de los actores es la solución que otorga mayor certidumbre respecto de cómo mejor se satisface el interés superior del niño. Fueron los actores quienes expresaron la voluntad procreacional –factor determinante del régimen de filiación derivado de las técnicas de reproducción humana asistida– y asumieron desde el nacimiento de J.P.S. los deberes de cuidado y crianza propios de la responsabilidad parental (consid. 14).

- Corresponde registrar los vínculos filiales que se corresponden con la realidad socioafectiva estable en la que se encuentra inmerso el niño J.P.S. desde hace casi una década. Por el contrario, si ante el señalado vacío legal, en este caso se aplicara por analogía la regla filiatoria establecida por el artículo 562 del CCyC se generaría un desequilibrio en la realidad socioafectiva del niño, se forzaría a la mujer gestante a ser madre contra su propia voluntad y se desconocería la condición de progenitor de L.G.P., quien no solo manifestó el propósito de asumir ese rol desde la concepción del niño, sino que además lo ejerce en la actualidad (consid. 16).

- El criterio adoptado por la Sala E implicaría forzar a la mujer gestante a tener que asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental que de ello se deriva pese a que participó del proceso de gestación –permitido por ley– bajo la condición de no ser madre. Consecuentemente, se desconocería una decisión central para la autonomía personal: la decisión de no ser madre haciendo prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante que tiene tres hijas con el señor D.M. (consid. 17).

3. El Estado constitucional y convencional de derecho argentino, las leyes y la gestación por sustitución

Desde 1853-1860 hasta 1994 el paradigma constitucional argentino fue el Estado constitucional de derecho. Desde la reforma constitucional de 1994, el modelo vigente es el Estado constitucional y convencional de derecho, instituido como un sistema evolutivo complementario del Estado constitucional de derecho.

En el paradigma vigente por decisión del poder constituyente derivado en representación del pueblo argentino sostenido por la rigidez constitucional, la regla de reconocimiento constitucional y convencional está conformada por la Constitución argentina y por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional original y derivada –en los términos previstos

por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina— que en la actualidad son quince. La fuerza normativa de la constitucionalidad y convencionalidad es la que determina la validez formal y sustancial de los ordenamientos secundarios ordenado y significando permanentemente sus contenidos de manera general por parte del legislador, de manera general y particular por parte del ejecutivo y de manera particular por parte de los jueces y las juezas (Bidart Campos, 1995).

En el Estado constitucional y convencional de derecho argentino los códigos han dejado de ser leyes uniformes, precisas, abstractas y generales con pretensiones de dar todas las respuestas normativas racionales posibles a las situaciones que intentan regular, y como garantías primarias (Ferrajoli, 2011: 822 y ss.) de los derechos, son un eslabón importante en la construcción ética de la argumentación y la deliberación particularista.

Tal como afirma Prieto Sanchís:

¿Qué queda, pues, de la codificación? La verdad es que muy poco. Entendido como concepto histórico, es decir, en su más pleno significado, cabe decir que el mundo y la cultura que fueron su fundamento resultan hoy irreconocibles. Por supuesto, ha desaparecido aquella confianza en que las luces de la razón nos iluminarían las verdades eternas de la ética y del Derecho e incluso, más aún, ha desaparecido la confianza en que la legislación positiva puede representar un mero proceso de deducción a partir de aquellas premisas racionales...si en el siglo XVIII se postulaba un racionalismo cartesiano y una confianza epistemológica en alcanzar verdades objetivas y eternas, así como interpretaciones verdaderas, hoy, seguramente de modo más modesto, parece que solo se pueden seguir los itinerarios que nos indica la teoría de la argumentación jurídica (Prieto Sanchís, 2013: 186 y 187).

Los derechos fundamentales y los derechos humanos en sus distintas variables (expresos o implícitos, subjetivos o colectivos, no patrimoniales y patrimoniales) son creados exclusivamente por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Las leyes no crean derechos, tan solo cumplen la función de garantizar, de manera primaria y general, los derechos creados. El techo del sistema de fuentes argentino no es la ley —por más que se trate del CCyC— sino la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Por dicho motivo, uno de los principios fundantes del Estado constitucional y convencional de derecho —parafraseando a Bidart Campos— sostiene que “los derechos fundamentales y los derechos humanos deben hacerse efectivos con ley, sin ley y contra ley”. De lo contrario, estaríamos habitando un paradigma distinto —el Estado legislativo de derecho— que tiene como regla de reconocimiento a la ley, en tanto que, la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos cumplirían una opaca función política —asimilable a la “mera hoja de papel” de Ferdinand Lassalle— sin ninguna fuerza normativa.

En el paradigma argentino, los derechos creados exclusivamente por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional tienen fuerza normativa

constitucional y convencional son dúctiles, operativos, de aplicación directa y configuran el deber ser del ordenamiento jurídico (mientras como observamos la ley constituye el ser). Por dicho motivo, el único orden público que existe proviene de la regla reconocimiento constitucional y convencional, sin que ninguna ley, en su ámbito de garantía primaria, pueda conformar ninguna clase de “orden público legal” que blinde sus contenidos a expensas de la vulneración del sistema de derechos.

Otro de los principios constitutivos del paradigma argentino es el principio de legalidad previsto por el artículo 19 de la Constitución argentina, el cual dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Tal como sostiene Bidart Campos, la referencia a “la ley” está muy lejos de significar que el constituyente convirtió a la ley en el último árbitro de lo que se puede mandar o prohibir porque la Constitución es el primer árbitro en el reparto de lo que se puede o debe hacer y de lo que no se puede hacer (quedando a favor de las personas una esfera de libertad jurídica en la que está permitido todo lo que no está prohibido) (Bidart Campos, 2000: 803 y ss.).

En nuestro modelo, los jueces y las juezas tienen la facultad y la obligación de ejercer –aún de oficio– el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno judicial (especialmente cuando los otros poderes omitieron ejercer el control de convencionalidad interno dentro del ámbito de sus competencias) teniendo como parámetro la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Controles sincrónicos que garantizan el particularismo contextual más allá de las previsiones o de las omisiones de la ley.

Los reiterados argumentos huecos e inconsistentes que, sumidos en el sinsentido constitucional y convencional, sostienen desde hace años que la voluntad del legislador cuando es clara es judicialmente incuestionable, que el juez no puede sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos, que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico o que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquel en ejercicio de sus propias facultades, configuran una práctica jurisprudencial que abdica del control de constitucionalidad y de convencionalidad judicial interno y erosiona al Estado constitucional y convencional de derecho, transformándolo de facto y en contra de la voluntad del Poder Constituyente, en un Estado legislativo de derecho donde los jueces y juezas solo pueden ejercer un control de legalidad como si fueran simples aplicadores subsuntivos de los contenidos de las leyes (en los términos de Cossio, “simples aplicadores de etiquetas que se limitan a aplicar términos legales o categorías predefinidas a los casos sin realizar un análisis profundo de la realidad humana y social que subyace a cada situación”).

¿Por qué fracasan –como lo hacen los países– los Estados constitucionales y convencionales de derecho? Esto ocurre cuando se deja librado al deseo de las mayorías coyunturales la vigencia de los derechos previstos por las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos abdicando del control de constitucionalidad y de convencionalidad judicial. Práctica corrosiva del

sistema institucional que lejos de “encadenar a Ulises”, pone en serio peligro la existencia de una democracia sustancial, robusta y pluralista.

El CCyC, en los artículos 1, 2 y 3 reafirmó el paradigma argentino disponiendo que en “los casos” en que se aplique deben ser resueltos conforme a la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, que la ley debe ser interpretadas conforme surge de las disposiciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y que los jueces deben resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (y así lo será cuando esté fundada como *prima ratio* en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) (Gil Domínguez, 2016^a: 47 y ss.).

La mayoría de la CSJN desconoció el modelo constitucional argentino al no considerar la existencia de un caso con particularidades contextuales, someterse por completo a la voluntad del legislador, soslayar la regla de reconocimiento constitucional y convencional, abdicar de ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad y dictar una decisión jurisdiccional arbitraria. Ni siquiera en el campo del imperio de la ley y la sumisión debida al legislador pudo avizorar el mandato expreso previsto en el CCyC respecto del sistema de fuentes, la aplicación e interpretación y el deber de resolver: una suerte de positivismo de saldos y retazos.

La GxS no está regulada ni tampoco está prohibida en el ordenamiento jurídico secundario argentino, y a la vez, implica el pleno ejercicio del derecho a conformar una familia (tal como lo estableció la Corte IDH en “Fornerón”) mediante el acceso integral a las TRHA (tal como lo estableció la Corte IDH en “Artavia Murillo”), el derecho a procrear (en los términos estipulados por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 19), el derecho a no ser discriminado con motivo u ocasión de la orientación sexual (tal como lo estableció la Corte IDH en “Atala Riffo”), el derecho a no ser discriminado con motivo u ocasión de la condición física (como sucede con las mujeres que no pueden gestar), el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el derecho a desarrollar un plan de vida o biografía. La voluntad procreacional no es un simple título del CCyC, sino que, por el contrario, está receptada en la regla de reconocimiento constitucional y convencional como parte del contenido de estos derechos, o bien, como un derecho implícito emergente del artículo 33 de la Constitución argentina (Gil Domínguez, 2016b: 30).

De todos los derechos vinculados a la GxS, uno de los más afectado por la decisión de la mayoría de la CSJN es el derecho a la no discriminación. El punto de partida es opaco y confuso puesto que mezclan el principio de igualdad (sometido al parámetro de comparación) y el derecho a la no discriminación (signado por la interdicción de las categorías prohibidas) para concluir que lo resuelto no discrimina a nadie.

¿Es realmente así? El fallo impide a una familia integrada por hombres acceder a la filiación mediante el uso de las TRHA debido a su orientación sexual o bien imposibilita a las mujeres que debido a su condición física no pueden gestar accedan a la filiación mediante el uso de las TRHA. Ambas situaciones se basan en categorías prohibidas que convierten a la norma habilitante en presuntamente inválida.

¿Quiénes podrían acceder a la TRHA según la interpretación realizada por la mayoría de la CSJN? Una mujer sin pareja con capacidad de gestar sin aportar sus gametos, una mujer casada o en pareja con un hombre con capacidad de gestar sin aportar sus gametos y una mujer casada o en pareja con otra mujer con capacidad de gestar sin aportar sus gametos. ¿Cuál es la diferencia entre la prohibición y la habilitación? La capacidad de gestar que respecto de los hombres de la diversidad es absoluta. Dicha característica descriptiva jamás puede justificar una distinción normativa absoluta. Por dicho motivo, consciente o inconscientemente, los efectos del fallo derivan en consecuencias homofóbicas que se ratifican cuando la mayoría alega como reparación el camino de la adopción de integración (adoptando la misma estrategia del “gueto normativo debido a la orientación sexual” que se intentó sin éxito con la unión civil para impedir que no se sancionara la ley de matrimonio igualitario).

La mayoría del tribunal, embelesada con el sometimiento a la voluntad del legislador mediante una deferencia epistémica absoluta, cerró los ojos al plan de vida de los actores. No llamo a audiencia pública para debatir participativamente una cuestión que involucra la conformación de la familia, el amor filial, el linaje y la descendencia (aunque lo hizo oportunamente para discutir la constitucionalidad de una norma que prohibía a los supermercados abrir sus puertas los días domingo en un municipio de la provincia de Córdoba).

No convocó a una audiencia para escuchar a la mujer gestante, a los copadres pero, sobre todo, al niño. Después de ocho años de tramitación, sin escuchar a nadie destruyó un plan de vida familiar, le impuso a una mujer la condición de madre y arrasó con la constitución subjetiva de un niño. Si uno tuviera que imaginar un ejemplo del campesino y el guardián de *Ante la ley* de Kafka, sin lugar a duda, la escena perfecta quedaría conformada con la mujer gestante, los copadres y el niño ante la decisión adoptada por la mayoría de la CSJN.

4. El derecho filial en movimiento

4.1. El peso de la socioafectividad

Sin lugar a duda, uno de los ámbitos del derecho de las familias que más cambios ha sufrido en los últimos tiempos ha sido el derecho filial, colocándose en crisis varios de sus cimientos clásicos por fuerza de la realidad; es decir, del dinamismo propio de las vidas modernas atravesadas por el avance de la ciencia y la tecnología.

Uno de los elementos más centrales que han logrado dar una fisionomía tan distinta a la filiación es la noción de socioafectividad que, si bien cumple un rol central en varias instituciones familiares, lo cierto es que cada vez va teniendo mayor peso en el derecho argentino. Esta línea fue seguida de manera clara y contundente por el voto en disidencia de Maqueda que, a su vez, siguió lo expresado por el Procurador Fiscal Abramovich en su dictamen.

Los debates actuales sobre la GxS exponen que tiene un claro anclaje en el campo de la socioafectividad, elemento que tiene un peso fuerte en el derecho familiar en general, y en el derecho filial en particular a tal punto de considerar que puede generar o establecer consecuencias “permanentes”.

Siguiéndose con esta alianza inescindible entre socioafectividad y filiación, es sabido que el CCyC recepta tres tipos filiales y que cada uno de ellos tiene sus propias reglas y principios: la filiación biológica o por naturaleza, la filiación adoptiva, y la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

Lo acontecido en los últimos años en el campo jurisprudencial permite observar la presencia de otras dos categorías que no se podrían incluir de manera precisa en ninguno de los tipos filiales legales, como son las denominadas prácticas caseras y dentro de este amplio espectro, las conocidas técnicas de inseminación casera, y la filiación derivada de la socioafectividad.

Se trata de entender que el vínculo afectivo es de tal envergadura que se reconoce que pueda ser causa fuente autónoma de filiación tal como se ha decidido en algunos precedentes. Como se expone en un caso resuelto en la provincia de Córdoba,

La filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo/a [...] En otras palabras, la filiación socio-afectiva afirma y reafirma un vínculo que trasciende lo normativo, importa reconocer que tanto la paternidad como el ser hijo es una función que se ejerce día a día, un vínculo que se va forjando con el devenir de la vida, que exige afecto, entrega, dedicación, presencia, respeto, y acompañamiento; actos que la ubican en la esencia de una verdadera filiación.¹

Cabe agregar, que es de tal envergadura el peso de la socioafectividad que no solo se lo reconoce como causa fuente autónoma de filiación, sino que además tuvo la fortaleza de poner en crisis la máxima binaria de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales. ¿Cómo es posible que la socioafectividad pueda tener esa fortaleza para crear a través de la jurisprudencia una nueva causa fuente filial y también forzar la declaración de inconstitucionalidad del binarismo filial y, en el caso en estudio y ante un niño de 9 años que siempre ha tenido como clara referencia afectiva a una pareja de varones, la presencia fáctica de una fuerte socioafectividad sea desconocida por la mayoría en el fallo en estudio?

Más aún, si se compulsan todos los casos que han llegado a la máxima instancia federal en los que se pone en tela de juicio la prohibición de la guarda de hecho que recepta el artículo 611 del CCyC, en todos ellos la CSJN se ha inclinado por el peso de la socioafectividad vinculado o íntimamente asociado al principio rector del interés superior del niño y, por ende, se ha mantenido el cuidado del

¹ Juzgado de Familia de 3ª Nominación de Córdoba, 11/04/2022, “E. M. M. c. A. R. D. V. y otro s/acciones de filiación”, La Ley Online, cita online: AR/JUR/68258/2022.

niño o niña en cabeza de los guardadores futuros adoptantes, a pesar de la clara y precisa prohibición de todo contacto o entrega directa (CSJN, 2023a y 2023b).

¿Acaso, la socioafectividad tiene la fortaleza de sortear una clara prohibición legal y no para llenar un vacío legislativo como el que observa la figura de la GxS? ¿A qué se debe este tratamiento de la mayoría tan disímil? Por el contrario, la postura minoritaria de Maqueda de manera coherente le otorga un fuerte peso a la socioafectividad, ya sea en el campo de la adopción como de la GxS.

El reconocimiento de la socioafectividad compromete, de manera directa, el principio rector del interés superior del niño en alianza con el derecho a la identidad en su faz dinámica. De este modo, el elemento fáctico que suele ser el más relevante al tratarse de relaciones de familia, no solo ostenta un peso central a los fines de definir en cada caso el mejor interés del niño comprometido, sino que además involucra el respeto por el derecho humano base cuan columna vertebral como la identidad en su faz dinámica.

Esta interacción está presente en el caso en análisis, y esto se resalta de manera clara no solo en el voto en disidencia, sino también en el dictamen del Procurador Fiscal y de la Defensora General de la Nación.

La interacción entre interés superior del niño, identidad y socioafectividad conduce a un solo camino: reconocer la copaternidad afectiva en el plano jurídico y, a la par, impugnar la filiación materna.

No siendo este un caso de triple filiación como lo deja entrever el voto de Rosatti, incurriendo en un grave error jurídico, al desconocer los 50 casos² que existen en la jurisprudencia nacional en el que se ha puesto en crisis la máxima binaria de que nadie puede tener más de dos vínculos jurídicos (art. 558, última parte).

Sin lugar a duda, se desconoce todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a la triple filiación y, por lo tanto, se apela a una temática que nada tiene que ver con el conflicto aquí en debate. Es cierto que se trata de temáticas complejas, pero a la máxima instancia judicial por su importante función, el privilegio que los rodea en atención a la cantidad de recursos humanos con los que cuenta y el acceso a la bibliografía nacional como comparada y el extenso tiempo insumido en su estudio, se le debe exigir mayor rigurosidad.

En definitiva, si el eje rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes es el interés superior del niño: ¿cumple con este principio entender que la gestante—con quien no se tiene ningún vínculo socioafectivo—deba ser considerada la madre de un niño de 9 años y que desde el primer día de vida ha sido criado por una pareja de varones? El interrogante se contesta solo a la luz de este principio rector. Entonces, causa asombro ver que la mayoría de la CSJN resolvió el caso de manera “contra-intuitiva” y “contra-realista”.

2 Siendo una de las autoras investigadoras del CONICET, en este marco se viene llevando adelante un estudio de campo sobre el desarrollo jurisprudencial en la materia, observando que el último precedente —el número 50— en el que se reconoce la triple filiación corresponde a un caso resuelto por Juzgado de Familia nro. 1, Pergamino, 16/10/2024, «M. L. J. C/ S. J. I. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación». Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/pergamino-16-10-2024-triple-filiacion/>.

4.2. Repasando lo básico: la determinación de la filiación derivada de TRHA

Como es hartamente sabido a diez años de la sanción del CCyC y, en un año más, de su puesta en vigencia, la determinación de la filiación derivada de TRHA se funda en dos elementos que se entrelazan: la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento previo, libre e informado (conf. arts. 560 y 561). Por el contrario, la determinación de la filiación en el caso de la filiación biológica o por naturaleza observa diferentes aristas o modalidades según se trate de determinar la maternidad, la paternidad matrimonial o la extramatrimonial. Nada de esto sucede en el caso de las TRHA que tiene una única manera de determinar la filiación a través de los elementos mencionados.

En este marco, fácil se advierte el error en el que se incurre cuando el voto de Lorenzetti expone lo siguiente:

el análisis de coherencia dentro del sistema del Código vigente, lleva a la misma conclusión, puesto que al regularse la acción de impugnación de la maternidad, el legislador establece que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 in fine). Así como el artículo 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el artículo 562 –en los términos que se encuentra redactado– conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida. En tales condiciones, no resulta admisible la exégesis que propugnan los recurrentes a fin de impugnar la filiación de quien dio a luz, por cuanto el legislador ha previsto una regla filiatoria –de fuerza imperativa, no disponible por la voluntad de los particulares– para todos los supuestos de TRHA. Tal regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz y el hombre o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo únicamente existir dos vínculos filiatorios (consid. 12).

Dicho argumento genera varias observaciones críticas. En primer lugar, el análisis de coherencia implica reconocer que cada fuente filial observa sus propias reglas porque, precisamente, se trata de tres tipos filiales diferentes. Justamente, en respeto al derecho a la identidad que es uno de los derechos humanos básicos y centrales que está comprometido en el derecho filial, es clave regular de manera diferente lo que de base es distinto, bajo pena de extender previsiones legales a otras situaciones con el consecuente perjuicio al desconocer la particularidad que presenta cada tipo filial.

Por lo tanto, el análisis de coherencia exige dimensionar tales diferencias. Es cierto que en el caso a resolver se apela a la acción de impugnación de la maternidad –que corresponde al campo de la filiación biológica– ante el vacío legislativo existente; ahora bien, ello no significa que la respuesta jurídica deba ser desde la óptica de la filiación biológica, sino siempre desde el prisma de la filiación de las TRHA siendo la GxS una figura que se enmarca en ese género tal como lo admite el propio Lorenzetti (consid. 7, último párrafo).

En este marco, citar el artículo 565 referido a la determinación de la maternidad en la filiación biológica es un grave error conceptual, porque se sigue pretendiendo dilucidar un vacío legal a través de una regulación alejada del campo comprometido en el caso, que es el de la filiación por TRHA. Por lo tanto, el estudio debe concentrarse en lo que dispone el artículo 562 que también observa problemas, ya que esta norma está concentrada en los casos de TRHA ordinarias, es decir, cuando quien gesta es también quien tiene voluntad procreacional y presta el consentimiento informado y, precisamente por ello, es que se le debe reconocer la maternidad derivada de TRHA. Concentrados en lo que dice el artículo 562, aquí se dispone que los nacidos por las TRHA 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 destacado del término *también* no es menor, todo lo contrario y ello lo resalta el voto en disidencia; máxime si como es sabido el artículo 2 del CCyC establece como primera regla de interpretación a las palabras.

¿Qué significa este “también”? Que quien da a luz también debe haber prestado la correspondiente voluntad procreacional y expresarlo en un consentimiento informado previo, libre e informado a los fines de que se determine la filiación en su favor. En otras palabras, cuando se está ante un supuesto de TRHA no basta solo con dar a luz, sino que además se debe dar cumplimiento a los elementos básicos que recepta la legislación civil en este campo filial para que quede determinada la filiación.

En el caso resuelto por la CSJN la gestante no firmó un consentimiento informado en los términos que se exige para la filiación, sino que el consentimiento firmado lo fue en los términos que establece la ley de derechos de los pacientes (Ley N° 25529) al someterse a una práctica médica como comprende toda técnicas de reproducción, en este caso, una GxS. Por lo tanto, citar, referenciar o mencionar el artículo 565 denota un grave error conceptual.

En el mismo error incurre el magistrado Rosenkrantz cuando sostiene que “bajo estas pautas, se advierte que resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que en todos los casos en que se utilicen TRHA, el hecho de ‘dar a luz’ determina el vínculo filiatorio” (consid. 13).

Justamente, el hecho del parto y la identidad del nacido es el modo de determinación de la filiación en los casos derivados del acto sexual; en cambio en las TRHA la determinación, como surge de manera clara del artículo 562, es a través del binomio voluntad procreacional-consentimiento informado que, en el caso de las TRHA ordinarias emanan de la persona que gesta, diferencia sustancial con los casos de GxS.

En suma, las normas son claras. El artículo 565 integra el Capítulo 5 sobre “Determinación de la maternidad” y el artículo 562 el Capítulo 2 sobre “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción”, por lo tanto, pretender llevar adelante un “análisis de coherencia” sobre dos subsistemas diferentes con sus propias reglas encierra un esfuerzo falaz. Máxime cuando se parte de otra idea errada al no diferenciar las TRHA ordinarias de las extraordinarias. Las primeras están reguladas

y las segundas no, quedaron afuera del intento de ser receptadas en el CCyC y así evitar este tipo de conflictos sociojurídicos.

En este marco, Lorenzetti afirma que “entender, de modo distinto, que el título ‘voluntad procreacional’ fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en donde la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, importaría presumir la inconsecuencia del legislador” (consid. 11).

Precisamente, el CCyC no incurre en ninguna “inconsecuencia” o inconsistencia siendo uno de los problemas centrales para dilucidar de manera correcta el conflicto que se aborda en el fallo en comentario el vacío legislativo existente sobre la GxS.

Como cierre de este apartado, es dable destacar que la distinción en lo relativo a la determinación de la maternidad en los casos de filiación biológica y la derivada de las TRHA es advertida en el dictamen de la Defensoría General de la Nación que, desde otra óptica, advierte que “aplicar sin más las reglas de la filiación biológica y el adagio ‘madre es la que pare’, plasmado en las normas civiles vigentes, genera un estado incompatible con los derechos de mayor jerarquía de la mujer gestante, del niño y de los comitentes. En “Artavia Murillo” la Corte IDH reconoció el derecho de acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y señaló la necesidad de interpretar los tratados de derechos humanos de forma acorde a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (Corte IDH, 2012: párrs. 150 y 245). En este contexto, atribuir la filiación biológica a la demandada contradice las exigencias de la autonomía reproductiva.

Por último, es pertinente dejar aclarada otra afirmación errónea que se observa en el voto de Rosenkrantz y es hábil para comprender –de manera general– el régimen jurídico de la filiación vigente. Veamos, se asevera:

Las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia –como aquellas relativas a la filiación son de orden público y por ende indisponibles para las partes (*Fallos* 314:180 y 321:92). En este sentido, tanto el artículo 21 del derogado Código Civil, vigente al momento del nacimiento de J.P.S., como el artículo 12 del CCyC, aprobado por la ley 26.994, prevén que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público (consid. 8).

Sostener que el derecho filial está atravesado por el orden público encierra una mirada tradicional o antigua de este ámbito del derecho familiar. Por el contrario, el derecho filial contemporáneo se caracteriza por una fuerte impronta de la autonomía de la voluntad, no solo en lo atinente a la filiación derivada de TRHA cuya determinación está concentrada, precisamente, en la voluntad procreacional, sino también a la luz de los cimientos que presenta la filiación adoptiva en el que no solo la voluntad está presente en el ineludible deseo de adoptar, sino que se lo observa al exigirse el consentimiento del pretenso adoptado a su adopción a partir de los 10 años (cónf. art. 595, inciso h del CCyC).

¿Qué sucede si un adolescente se niega a ser adoptado? La adopción no es posible; por lo tanto, la voluntad constituye un elemento fundamental. Más aun, la regulación actual de la filiación biológica o por naturaleza no se queda atrás en torno al peso de la autonomía, por ejemplo, al disponer que en las acciones de impugnación de la filiación es posible su rechazo a pesar de que la prueba genética resulte negativa y, por ende, no haya vínculo biológico entre el/la niño/a y su progenitor ante la existencia de un fuerte vínculo afectivo (de nuevo la presencia de la mencionada socioafectividad) entre estos por aplicación y consecuente respeto por el principio del interés superior del niño (conf. art. 589). En otras palabras, ni en la filiación biológica la biología manda o es determinante, habilitando el CCyC a mantener el vínculo filial al priorizar el lazo socioafectivo –voluntario– por sobre cualquier otro elemento.

4.3. Una realidad ensordecedora: el vacío legal

Como es sabido, el Anteproyecto de reforma regulaba en el entonces artículo 562 un proceso judicial previo tendiente a analizar en cada caso, la viabilidad o no de autorizar la realización de la GxS y, para tal fin, se establecía una cantidad de requisitos que debían cumplirse o ser tenidos en cuenta.

En el caso de TRHA extraordinaria, la determinación de la filiación tenía ribetes muy diferentes a los previstos para los casos de TRHA ordinaria, en el que gestación y deseo de maternidad/paternidad –en el supuesto, de varones trans– coinciden y, por ende, la regulación se simplifica porque, precisamente, las connotaciones jurídicas y no jurídicas o psicosociales son más complejas.

Esta distinción –la necesidad o no de apelar a la gestación por parte de una tercera persona para un proyecto parental– es de tal envergadura que ameritaba una regulación autónoma y precisa. Esto había sido encarado con valentía en el entonces Anteproyecto de reforma que en su momento fue tan criticado, tanto por sectores conservadores como por ciertas voces feministas al considerar que esta figura encierra un modo moderno de explotación del cuerpo de las mujeres.

¿Esto es siempre así? Los números, es decir, la realidad muestra una mayor complejidad, saliéndose de aquellas miradas simplistas en términos absolutos entre altruismo contra comercio. Más allá de esto, a la distancia y en atención al sinuoso camino que ha recorrido la figura de la GxS hasta hoy que culmina con el precedente en análisis, se podría aseverar –sin hesitación alguna– la sabiduría de la decisión que adoptaba el Anteproyecto en un doble sentido: regular la GxS y el modo en que se lo hacía, a tal punto de que una gran cantidad de casos han tramitado bajo la lógica que se proponía en la redacción del entonces artículo 562. Es decir, ser “ley no escrita” o tener cierta autoridad a pesar de su quita.

Ante este panorama, fácil se puede advertir que la quita o eliminación –en palabras del voto de Rosatti– significó la falta de regulación de la GxS en la legislación civil y comercial o, con otros términos, la existencia de un vacío legal al quedar solo la regulación sobre la determinación de la filiación en las TRHA ordinarias (A) y el derecho a la información de los hijos nacidos por TRHA (C) y no lo relativo a la determinación de la filiación en los casos de GxS (B).

Al respecto, Rosatti afirma que

resulta indiscutible que –desde la perspectiva filiatoria y por tratarse de un nacimiento derivado del uso de una técnica de reproducción humana asistida– el artículo 562 del CCyC es aplicable al caso, por lo que no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del artículo 19 de la Constitución Nacional. Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la cláusula en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.

Este argumento incurre en un grave error: el artículo 562 regula la voluntad procreacional en los casos de TRHA ordinaria, no en los supuestos de GxS. Más polémico aún en atención al importante rol que ha tenido en la reforma de la legislación civil y comercial es el argumento que sostiene en su voto Lorenzetti:

no cabe afirmar que hay un vacío legal porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de CCyC elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Honorable Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del CCyC vigente (consid. 9).

¿Cómo es posible que quien fue uno de los principales protagonistas del Anteproyecto de reforma entienda que la quita de un texto que proponía regular la GxS no genera el consecuente vacío legislativo? El Congreso de la Nación mantuvo la propuesta legislativa para las TRHA ordinarias, eso quedó intacto; la cuestión que está en debate es la falta de regulación de la GxS. Ello fue eliminado del texto aprobado y de ningún modo se intentó regular ambas facetas de las TRHA –ordinarias y extraordinarias– bajo el paraguas de artículo 562.

¿Cuál es el fundamento de esta afirmación? Se desconoce, máxime cuando el texto que proponía el Anteproyecto para la voluntad procreacional en el caso de las TRHA ordinarias –y que compartía el escenario legislativo en ese momento con las TRHA extraordinarias teniendo cada una su respectiva regulación– en nada cambió tras la quita aludida. Por ende, fácil se puede concluir que el artículo 562 quedó firme para resolver la cuestión de la determinación de la filiación a través de la voluntad procreacional en los casos de TRHA ordinarias con el consecuente silencio legislativo, para la otra modalidad de TRHA, la extraordinaria.

Esta línea argumental es la que sostiene Maqueda al decir de manera contundente que “el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la GxS. No surge del CCyC ni de la ley de Reproducción Médicamente Asistida, como tampoco de otra legislación vigente, una prohibición expresa de dicha práctica ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización”

(consid. 7); que “la GxS es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción” (consid. 10); y, por lo tanto, “Estas particulares circunstancias de ausencia de regulación y la realidad de los hechos de la GxS en estos autos, demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia” (consid. 12).

De este modo se sigue la postura del Procurador Fiscal, quien con meridiana claridad afirmó que

La historia legislativa del CCyC confirma, simplemente, que las reglas de los artículos 560 a 564 fueron pensadas para la filiación por técnicas de reproducción asistida, distintas a la GxS y que, en cambio, para ésta última, precisamente porque se trata de una práctica de singulares características que requiere reglas diferenciales, había sido prevista una regulación específica, que fue luego suprimida del texto definitivo. No obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior, evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla [...] En suma, en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por subrogación es una práctica no prohibida por la ley pero que hasta el momento carece de una reglamentación específica.

Por lo tanto, es dable sostener que esta figura no se encuentra prohibida; la quita o eliminación mencionada no es sinónimo a prohibición, ya que son dos decisiones legislativas diferentes: silencio –lo que sucede en el derecho argentino– y prohibición, lo que acontece, por ejemplo, en el derecho español e italiano, por citar algunos. Es más, se podría destacar la expresa decisión parlamentaria de no prohibir la figura en análisis, siendo una cuestión muy sencilla de técnica legislativa reemplazar el texto del entonces proyectado artículo 562 por otro que receptara la prohibición. Nada de esto pasó, sino que el artículo proyectado dedicado al consentimiento informado se dividió en dos (los actuales artículos 560 y 561) y el de voluntad procreacional pasó a ser el nuevo artículo 562, tal como luce en la actualidad.

En este contexto, afirmar que la intención del legislador al no regular la gestación por sustitución encerraría una mirada contraria, negativa o de prohibición hacia la GxS es tan errado como sostener que se tuvo la oportunidad para prohibir la figura y, sin embargo, no se siguió esa línea legislativa, sino que solo se procedió a quitarla y así dejar abierta la solución jurídica ante situaciones que involucren este tipo de técnicas de reproducción. Más aún, como bien se destaca en el dictamen de la Procuración:

no existe en el ordenamiento legal argentino ninguna norma que, de acuerdo con las pautas constitucionales de accesibilidad y previsibilidad referidas, establezca de modo claro y preciso la prohibición de

la GxS e impida determinar la filiación de los niños nacidos a partir de esta técnica a favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

De conformidad con las diferentes posturas que se observan en el derecho comparado –1) prohibición, 2) regulación y 3) abstención–, el Anteproyecto de reforma se inclinaba por la regulación y ante la eliminación, se receptó la postura individualizada con el numeral 3). ¿Qué significa la abstención? La falta de regulación con las complicaciones que se derivan del silencio o vacío legislativo, y las pruebas están a la vista tal como sostuvo parte de la doctrina a la luz de la aludida quita.

Como bien se ha expresado en uno de los tantos precedentes nacionales sobre GxS:

La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura abstencionista pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la alegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora “alegal”. Pero estamos —al decir de la doctrina— ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial.³

Así, parafraseando a la reconocida banda nacional “Los Fabulosos Cadillacs”, se podría decir “yo te avisé y vos no me escuchaste”.

En suma, el rol de la justicia es resolver conflictos sociojurídicos más allá de su condición legal. Si la GxS se hubiera regulado tal como lo proponía el Anteproyecto, seguramente nos hubiéramos ahorrado el verdadero caos que gira en torno a esta figura, en especial, a la luz de los procesos penales en curso que perjudican a mujeres vulnerables. Como bien se dice, la falta de ley y la consecuente protección le hace el juego a las reglas del mercado, que es sabido a quiénes beneficia y a quiénes perjudica y somete.

4.4. La falacia de la adopción de integración

Una vez más, determinadas afirmaciones denotan el absoluto desconocimiento sobre el derecho filial contemporáneo. Rosatti afirma que “las partes no han demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por la legislación vigente” (consid. 14)

¿En serio se les exige a las partes que demuestren otras respuestas jurídicas que nada tienen que ver con lo que se plantea en el caso? Esta afirmación podría encerrar un prejuicio: creer que todas las relaciones familiares deben “encajar” en figuras más clásicas en atención a la resistencia que aún generan

³ Juzgado de Familia 6ª Nominación de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. y Otro”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/27855/2019.

las TRHA, más aún la GxS que es la que habilita que una pareja de varones o un varón solo pueda satisfacer su derecho a formar una familia.

¿Es la adopción de integración una respuesta jurídicamente viable o aceptable? La respuesta negativa se impone por varias razones. La primera y como bien lo expone el Procurador Fiscal en su dictamen, L.G.P. además de ser quien ha cuidado al niño desde su nacimiento es quien aportó material genético. En este sentido,

la interpretación que el *a quo* propugna del artículo 562 del CCyC conduciría a registrar vínculos filiales que no se corresponden con la realidad, tanto por instituir a la mujer gestante como madre, a pesar de que carece de la intención y el deseo de serlo, como por desconocer la condición de padre de L. G. P., quien manifestó el propósito de asumir esa paternidad desde la concepción del niño y quien, además, *es su padre biológico*. De este modo, se tergiversaría la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento (el destacado nos pertenece).

En este contexto, el interrogante que se deriva por obligación es si es posible adoptar –de integración– al propio hijo biológico en palabras que se utilizan en el dictamen o con quien se tiene la misma carga genética, para hablar con mayor precisión cuando se trata de reproducción asistida. Sucede que aquí también cabría aludir a la idea de “hijo genético”, porque en el caso también habría voluntad procreacional y consentimiento informado –más allá de los conflictos suscitados al respecto– y, por lo tanto, estarían presentes los elementos para asignar la determinación filial derivada de TRHA al binomio compuesto por el niño y L. G. P.

Los inconvenientes de apelar a la figura de la adopción de integración son puestos de resalto en el dictamen de la Defensoría General de la Nación al indicar, con acierto, que

“sostener el fallo de la Cámara brindaría mayor inestabilidad a mi representado dentro de su núcleo familiar porque en la modalidad de adopción de integración que se sugiere como alternativa, existe la posibilidad de que ésta sea revocada (conf. art. 633 del CCyC), lo que no ocurre si se inscribe registralmente el nacimiento de mi asistido a nombre de los actores”.

¿Qué sucedería si por alguna razón de gravedad se revoca la adopción? ¿En qué situación jurídica quedaría la gestante que según surge del fallo sería considerada madre desde el punto de vista jurídico, absolutamente alejada de la realidad socioafectiva? ¿No se estaría incurriendo en un “contorsionismo jurídico” –con el consecuente error interpretativo que ello encierra– al apelar a otro tipo filial como lo es la adopción y dejar de lado para la solución del caso las reglas de las TRHA siendo la GxS una especie dentro de ese género?

Las dificultades que observa la adopción de integración son varias, además de la revocación y, en este caso, adoptar al propio hijo biológico/genético se le suma ciertas cuestiones que deberían ser tenidas en cuenta. ¿Qué sucedería si después de 9 años la pareja se separa? ¿Es posible apelar a la adopción de integración cuando ya no se trataría del hijo de la pareja conviviente o cónyuge como establece el artículo 620 último párrafo, sino de ex conviviente o ex cónyuge? ¿No atenta contra varios derechos constitucionales-convencionales obligar a la pareja a seguir juntos ante el temor de que la adopción de integración sea rechazada al no cumplir con todos los requisitos que establece como lo es la convivencia actual, más allá de ciertas relecturas doctrinarias y jurisprudenciales?

Por otra parte, la adopción de integración violaría el principio de igualdad y no discriminación en razón de que un progenitor tendría un vínculo filial por aplicación de la institución del reconocimiento —que tampoco pertenece al campo de la filiación derivada de las TRHA sino de la filiación biológica— y el otro progenitor lo sería a través de la adopción de integración, siendo esta última más endeble a tenor de sus consecuencias jurídicas, en particular, la revocación. Este panorama es hábil para advertir la ausencia de las reglas de las TRHA, siendo la situación sociojurídica comprometida una cuestión que atañe a este tipo filial y no a la filiación biológica ni a la adoptiva.

Párrafo aparte y crítico merece la estrategia desplegada por las partes —en realidad, por los abogados— al servirse o utilizar las normas relativas a la filiación biológica como lo es el artículo 565 de determinación de la filiación materna y después solicitar su correspondiente impugnación y el reconocimiento paterno por parte de uno de los dos integrantes de la pareja de varones.

¿Qué hubiera sucedido si se procedía a iniciar una información sumaria de forma previa al proceso de GxS solicitando la respectiva autorización judicial o una información sumaria una vez verificado el embarazo a efectos de que cuando el niño o niña nazca sea inscripto garantizando la voluntad procreacional de las personas y el interés superior del niño? Más allá de esto, cualquier error en la estrategia jurídica jamás puede perjudicar a un niño a quien le cabe el reconocimiento del plus de derechos y el conocido *favor pro minoris* del derecho internacional de los derechos humanos.

Es claro que la adopción de integración no es la respuesta jurídica adecuada, de allí que las partes no estaban obligadas a probar el hecho negativo, sino que debían centrarse en acreditar los extremos básicos para la determinación de la filiación derivada de las TRHA como lo es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través de un consentimiento previo, libre e informado; máxime si la situación fáctica que se la conoce como GxS integra la noción de TRHA, aunque no la ordinaria que es la que se encuentra regulada en el CCyC, sino que es la extraordinaria, de allí la importancia de su regulación bajo sus propias reglas. Reglas que difieren con las de las TRHA ordinarias en comparación con la propuesta legislativa que presentaba el Anteproyecto, partiendo de la idea diferenciadora central de que en la gestación por sustitución se debía contar con una autorización judicial previa. ¿La razón de esta intervención estatal? Proteger no solo a las personas gestantes sino, en definitiva, a todas las personas intervinientes porque contar con reglas claras en la construcción de vínculos filiales constituye un paso fundamental para acercar el derecho filial al derecho constitucional-convencional.

En definitiva, como bien lo señala el Procurador Fiscal, el vacío legal demanda

una solución *ad hoc* de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio de filiación, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

La analogía significa apelar a las reglas y principios más afines, sin lugar a duda y como se reconoce tanto en los votos de mayoría como el de minoría, la GxS integra el amplio espectro de las TRHA, de allí que las nociones de voluntad procreacional y consentimiento previo, libre e informado juegan un rol preponderante y tienen prioridad por sobre cualquier otras atinentes a otra tipología filial.

5. Las estadísticas hablan, aun cuando la CSJN no las escuche

La GxS es una figura que ha tenido un fuerte desarrollo en la vida jurisprudencial. De conformidad con los datos recabados a raíz de una investigación de campo que se viene llevando adelante desde hace varios años, y concentrados en los casos en que ha intervenido el Poder Judicial sobre los cuales se tiene más información a raíz de las correspondientes sentencias, se pueden advertir algunas consideraciones hábiles para dimensionar la complejidad que encierra la gestación por sustitución.

El total de casos compulsados entre el año 2013 hasta la actualidad, asciende al número de 82, los cuales comprometen 89 fallos en atención a que solo unos pocos precedentes han tenido más de una sentencia, como acontece con el caso que resuelve la CSJN. Por lo tanto, la gran mayoría de los planteos judiciales fenecen en primera instancia, una amplia mayoría lo hace de manera favorable (un total de 75 casos, es decir el 91,5%), 4 casos de manera negativa (4,9%) y 3 casos (3,6%) que están para resolver en la CSJN. Este dato cuantitativo habla por sí solo: la amplísima mayoría de los jueces/zas intervinientes provenientes de los más diversos tribunales del país han tenido una mirada contraria a la que sigue la mayoría de la CSJN. ¿Quién estará equivocado? ¿Los magistrados/as que han estado detrás de los 75 casos judiciales resueltos a favor de la GxS, el Procurador Fiscal, la Defensora General de la Nación y el juez Maqueda o los tres integrantes de la mayoría de la CSJN?

Uno de los conflictos más candentes que encierra la GxS gira en torno a la puja altruismo contra onerosidad y esto se observa a raíz del vínculo existente entre la gestante y quien o quienes quieren ser progenitores a través de esta figura. Al respecto, es dable destacar que un 37% involucra una relación de parentesco –hermanas, cuñadas, etc.–, el 29% a amigas íntimas fácilmente comprobado en el correspondiente proceso judicial y el 34% restante una relación de “conocidas”.

Como se puede observar, en el 66% de los casos hay una vinculación afectiva genuina y es en el resto en el que sobrevuela la noción de onerosidad y posible explotación. Por lo tanto, la GxS encierra

decisiones autónomas que también debe ser tenidas en cuenta, so pena de simplificar la cuestión presumiendo que siempre esconde una relación asimétrica, de sumisión y explotación/violencia.

Por otra parte, y a los fines de reafirmar la preocupación ante la abierta conculcación del principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual, es dable señalar que los 4 casos que han llegado a la máxima instancia federal comprometen a parejas de varones. ¿Cuál es la razón por la cual si bien la mayoría de los casos de GxS involucra a parejas de diverso sexo –casadas o no–, los que han tenido que pasar las peripecias de llegar hasta la máxima instancia federal sean pareja de varones? Los prejuicios y discriminaciones que aún siguen presentes en la justicia y, en definitiva, en la sociedad.

Además, la medida cautelar colectiva dictada en el marco de un proceso de amparo colectivo que permitió en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la inscripción “preventiva” ante el Registro Civil de niños/as nacidos por GxS, arroja más datos cuantitativos. En el período 2017 (desde que está vigente la cautelar mencionada) hasta el 2023, se inscribieron un total de 135 niños/as nacidos/as por GxS: 2 inscripciones en 2017; 5 en 2018; 7 en 2019; 8 en 2020; 21 en 2021; 27 en 2022 y 65 en 2023. Por lo tanto, han sido más los niños/as nacidas de GxS por fuera de la intervención judicial. ¿En estos casos también sería mayor la vinculación “genuina” entre las gestantes y los progenitores de intención? Se presume que no, en atención a la cantidad de casos que compromete a parejas extranjeras y el consecuente “turismo reproductivo”; en especial lo que aconteció en el último año compulsado (2023) que un total de 48% son extranjeros y un 52% argentinos/as o naturalizados/as.

Más allá de las diferentes conclusiones que se pueden derivar de lo acontecido con la GxS a través de los casos judicializados, como así también de aquella situación particular que protagonizó CABA hasta el 03/06/2024, cuando se puso fin a la medida cautelar colectiva,⁴ lo cierto es que la GxS ha tenido presencia en el derecho argentino sin que la eliminación del Anteproyecto fuera considerada como sinónimo de prohibición. Justamente, en atención a este desarrollo que no era ajeno a la doctrina y jurisprudencia nacional, la CSJN estaba obligada a resolver mucho antes este conflicto sociojurídico; no solo por el perjuicio concreto a cada niño/a que nace a través de esta figura, sino por todos los derechos e intereses que están en juego. Una vez más, el paso del tiempo, el bendito plazo razonable, la desconexión de la realidad y los errores de interpretación integral del régimen jurídico filial, reafirman las deficiencias en el actuar de nuestra máxima instancia judicial federal; en especial, tratándose de una temática que generó un fuerte debate al calor del anteproyecto de reforma.

6. Breves palabras de cierre

La decisión de la mayoría de la CSJN no solo obstruye el acceso a la GxS sin fundamentos razonables, sino que, además, configura un *holding* que horada los cimientos del Estado constitucional de derecho argentino.

⁴ Nos referimos al fallo dictado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 03/06/2024, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de BS AS y otro demandado: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ incidente familia”. Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-8-03-06-2024-gs/>

Sometimiento total a la voluntad “creadora de derechos” del legislador, abdicación del control de constitucionalidad y de convencionalidad interno judicial, negación de la deliberación pública, control de legalidad por parte de los jueces y juezas y exclusión sin razones de la escucha del deseo de un niño, es una combinación letal para los planes de vida de las personas en el marco de un derecho constitucional y convencional de las familia(s) que garantice la pluralidad y diversidad.

Queda la minoría expresada en el voto de Maqueda para seguir luchando mediante procesos judiciales eficaces que permitan el acceso a la GxS sin discriminación alguna y apostando fuerte por el amor filial como el deseo de ser padre o madre que, cuando se transforma en acto, nos cambia la vida para siempre mediante un sentimiento único e irrepetible.

Referencias bibliográficas

- Bidart Campos, G. J. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I-A. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ediar.
- Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
- CSJN. 2023a, “D., H. C. y otros s/guarda con fines de adopción - Declaración de adoptabilidad”, 20/04/2023.
- CSJN. 2023b, “G., A. C. y otro s/guarda con fines de adopción”, 20/04/2023.
- CSJN. “Recurso Queja N° 1 - S., I.N c/ A., C.L s/impugnación de filiación”, 22/10/2024, Fallos: 347:1527.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo 1. Madrid: Trotta.
- Gil Domínguez, A. *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, segunda edición ampliada y aumentada*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Gil Domínguez, A. (2016). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.