

GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. UN ESTUDIO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE CÓRDOBA (ARGENTINA)¹.

GUARANTEE OF THE DIGNITY OF THE PREGNANT WOMAN IN GESTATIONAL SURROGACY. A STUDY BASED ON THE JURISPRUDENCE OF CORDOBA (ARGENTINA).

Gonzalo G. Carranza

Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid (España)
E-mail: gonzalo.carranza@uam.es

Convidado

RESUMEN: La gestación por sustitución constituye un fenómeno jurídico colmado de problemas ético-jurídicos. La protección judicial de las personas que participan de esta técnica (comitente/s, mujer gestante, persona concebida) resulta crucial en aquellos ordenamientos que carecen de regulación jurídica, como ocurre en Argentina.

A partir del análisis del escueto marco normativo en vigor y de las distintas teorías que han puesto sobre la mesa los problemas que aquejan a la mujer gestante, este artículo propone un estudio de la posible afectación de la dignidad de estas mujeres en las prácticas de gestación por sustitución. Intenta, en definitiva, ofrecer una reflexión general a partir de un caso resuelto en la Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina.

Palabras Clave: Gestación por sustitución. Dignidad. Mujer gestante en gestaciones por sustitución. Perspectiva de vulnerabilidad. Perspectiva de género.

ABSTRACT: Surrogacy constitutes a legal phenomenon full of ethical and legal problems. The judicial protection of the persons who participate in this technique (commissioner/s, gestational carrier, conceived person) is crucial in those legal systems that lack legal regulation, as is the case in Argentina.

Based on the analysis of the current brief legal framework, the legal drafts, and the different theories that deal with the problems that afflict the gestational surrogate woman, this article proposes a study of the possible affectation of the dignity of these women in the practices of gestational surrogacy. In short, it attempts to offer a general review based on a case judged in the Courts of the Province of Cordoba, Argentina.

Keywords: Surrogacy. Dignity. Gestating woman in Surrogacy. Vulnerability perspective. Gender

¹ Este artículo forma parte del Proyecto de I+D de la Universidad Blas Pascal “Una aproximación al tratamiento jurisprudencial del rol de la mujer gestante en las gestaciones por sustitución” (297-20230622-199) dirigido por el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza y la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar.

perspective.

SUMÁRIO: Introducción. 1 La gestación por sustitución en la república Argentina. A. Estado de la cuestión normativa. B. El proyecto de reforma y unificación del código civil y comercial de la nación. 2 El (complejo) rol de la mujer gestante. 3 La dignidad de la mujer gestante a prueba. A. La creciente judicialización de casos: Un ejemplo práctico. B. El reciente caso “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S.”: supuestos fácticos. C. El dictamen de la fiscalía de familiad. Los fundamentos jurídicos (I): materia a decidir. D. Los fundamentos jurídicos (I): Materia a decidir. E. Los fundamentos jurídicos (II): El análisis del material probatorio. F. La decisión y la exhortación. Conclusiones. Referencias bibliográficas

INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución (en adelante, y alternativamente, GpS) constituye una técnica cada vez más extendida a la cual recurren numerosas personas para lograr satisfacer su deseo de ser padres/s/ o madre/s. Desde el punto de vista normativo, existen distintas categorías a las que se adscriben los diferentes Estados. Así, aquellos que regulan la GpS trazando de forma más o menos detallada sus consecuencias jurídicas; aquellos que la prohíben; aquellos que solo la permiten para sus nacionales (de forma tal que los extranjeros no pueden suscribir este contrato en su territorio); y aquellos países sin regulación específica, pero que se muestran tolerantes frente a ciertos efectos jurídicos. Ninguna de estas categorías, sin embargo, resulta del todo nítida: la gestación por sustitución surge, siempre, de un cúmulo de realidades que desafían incluso la regulación más acabada.

La normativa de la República Argentina es bastante parca en relación con la GpS. No lo han sido, sin embargo, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ni los proyectos normativos que han querido poner orden a una realidad que se vislumbra judicializada en grado sumo. Es que, al no contar con un panorama de seguridad jurídica, quienes se someten a esta práctica tienen que solicitar de los jueces y juezas una autorización para que se controle que las actuaciones a realizar (o ya realizadas) se encuentran al amparo del Derecho, siquiera de forma general.

Al carecer de regulación específica, la construcción del marco jurídico de la gestación por sustitución se ha realizado, en Argentina, a partir de la jurisprudencia. Este artículo persigue, en particular, estudiar a nivel general cómo las decisiones judiciales han sido indefectiblemente necesarias para habilitar la vía de la GpS. A nivel específico, este estudio procurará poner en evidencia los problemas que giran en torno a una figura esencial, la mujer gestante, evaluando a partir de un caso la posible afectación de su dignidad.

Para satisfacer sus objetivos, el artículo se divide en tres partes. La primera, en la que se ofrece un repaso por la normativa vigente y la legislación proyectada en materia de gestación por sustitución en Argentina. La segunda procura rescatar, a partir de la doctrina, los principales problemas de índole ético-jurídico que afectan a la mujer gestante. La tercera y última parte de este trabajo analiza un caso resuelto recientemente en la Provincia de Córdoba (Argentina), para explicar, a partir de él, cómo la Justicia procura la garantía de la dignidad de la mujer gestante tomando en consideración (y dotándole de carácter de fuente) ciertas categorías extrapoladas de la normativa proyectada. Por último, se ofrecen una serie de conclusiones.

1 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

A. ESTADO DE LA CUESTIÓN NORMATIVA

Como punto de partida para entender la decisión que quiero comentar, creo conveniente realizar algunas precisiones respecto de la gestación por sustitución en Argentina. A diferencia de lo que ocurre en algunos países del entorno, el país más austral del mundo carece de regulación acabada en relación con este asunto.

Quien sin lugar a duda se ha transformado en la mayor experta de la materia a nivel nacional (y, me arriesgo a decir, internacional), relataba, allí por el año 2013 que “[e]n Argentina la GS [gestación por sustitución] no está regulada, así como tampoco hay una norma general que regule las técnicas de reproducción humana asistida, a pesar de que en el país es una práctica frecuente y en aumento” (Lamm, 2013, p. 102). Resulta extraño que, a una década de haber sido escritas estas palabras, la realidad normativa en lo atinente a la GpS siga siendo prácticamente la misma, sobre todo teniendo en cuenta el elevado número de casos habidos². Distinto ha sido el devenir, vale la pena advertir, de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), que a nivel general contaron con una primigenia regulación de forma coetánea a las palabras de Lamm³.

En agosto de 2015 entró en vigor un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) que unió en un solo texto los dos Códigos de fondo que antes constituían normas independientes. El art. 562 CCyCN constituye el único precepto relacionado, siquiera indirectamente, con algunos de los efectos jurídicos de la GpS:

“ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Del precepto transcrito surge la aplicación, en el Derecho argentino, de la regla *mater semper certa est*⁴. Esto implica, básicamente, que la mujer que da a luz es considerada la madre del niño o de la niña que ha nacido, con independencia de si tiene o no un vínculo o lazo genético-afectivo con dicha persona. Esta situación pone en evidencia un límite infranqueable para aquellos/as que quieren acudir a la GpS en Argentina. Es una barrera jurídica que ha de romperse para lograr reconocer el vínculo filiatorio de quienes tienen la expresa voluntad procreacional, sean o no aportantes de gametos. Implica, además, que ha de derribarse el vínculo jurídico de la mujer gestante (quien, en efecto, da a luz), creado *ipso iure*.

¿Qué técnica jurídica se viene utilizando, en Argentina, para lograr superar las limitaciones del Derecho? Los abogados que llevan los casos ante los tribunales de primera

² Esto queda acreditado con la judicialización del asunto, sobre lo que se volverá más adelante.

³ La 26.862, de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida, fue sancionada el 5 de junio de 2013 y promulgada (de hecho) el 25 de junio del mismo año.

⁴ Antonio J. Vela Sánchez (2012, pp. 31-32), recordaba hace ya unos años la filosofía que subyace a esta presunción del derecho: “A diferencia de la paternidad, que se funda en presunciones que parten de la existencia de matrimonio - *pater est quem nuptiae demonstrant*- y de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del propio matrimonio, el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa. El primero es el parto de la madre y el segundo la identidad del descendiente, esto es, la determinación de que el hijo o la hija es realmente el que la mujer dio a luz. De ahí que la identidad de la madre resulte segura e indiscutida, y el establecimiento de la misma, a diferencia de la paternidad, no admite presunciones. La máxima *mater semper certa est* se traduce en la certeza del hecho directo e indubitado de la gestación y el parto, de modo que la maternidad se anuncia por el embarazo y se manifiesta por el alumbramiento. La relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación biológica y jurídicamente”.

instancia normalmente solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN poniendo sobre la mesa que la práctica de la GpS, como TRHA, se sustenta en la voluntad procreacional y no en quien ha dado a luz. Para hacerlo, normalmente acuden al art. 19 de la Constitución Nacional (CN, principio de reserva y legalidad), por el cual todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido. Además, señalan la aplicabilidad del art. 75 inc. 22 CN para poner en relación los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y que avalarían la posibilidad de realizar esta técnica superando la barrera de la “maternidad cierta”. En este sentido, la estrategia consiste usualmente en argumentar cómo resulta aplicable al caso la regulación de Derechos Humanos a nivel interamericano y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular el célebre caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”⁵. Para hacerlo, resulta necesario, claro está, argumentar y defender que la GpS constituye una TRHA, de modo tal que exista cierta analogía entre la fertilización *in vitro* a la que alude aquél caso y esta técnica.

La estrategia consiste, además, en argumentar respecto del interés superior del niño/a nacido/a o por nacer, para lo cual se acude también a los Tratados que forman parte del bloque que brindan resguardo. Esto, por cuanto esta persona debe tener un vínculo filiatorio que imprima sus efectos en materia de identidad, principalmente una nacionalidad de la que deriven derechos y obligaciones. Por esta razón, se trata siempre de resaltar la voluntad procreacional de quienes han acudido a la GpS, así como de poner en evidencia que el pacto que se ha celebrado con la mujer gestante se encuentra dentro de los márgenes del Derecho, márgenes que deben ser argumentados con base en la generalidad del Derecho civil. Es que, como se ha visto, Argentina no cuenta con una regulación sobre la GpS de la que echar mano para advertir cuáles son los elementos de un contrato tan complejo como este. Pero que no cuente con tal marco normativo no significa que no se haya proyectado regulación alguna, como se verá en el próximo subepígrafe.

Antes de adentrarnos a la norma que podría haber sido, quisiera resaltar también que la situación de alegalidad en la que se encuentra Argentina ha llevado a que los padres/madres con voluntad procreacional tengan que acudir constantemente a la judicialización del caso para que su maternidad/paternidad sea reconocida. Esto se da en dos momentos: bien antes de la transferencia embrionaria o del nacimiento, para lograr la homologación del acuerdo de gestación y el reconocimiento de los efectos de la voluntad procreacional (vínculo filiatorio); bien con posterioridad al nacimiento, para lograr que el vínculo sea reconocido⁶. El primer escenario se da, en términos generales, cuando las gestaciones se producen en territorio argentino. El segundo, por su parte (y también a nivel general), se da cuando la gestación se ha producido en el extranjero, sometida a otro ordenamiento jurídico permisivo a tal técnica, para que el/la niño/a nacido/a cuente con el vínculo filiatorio derivado de la voluntad procreacional.

Como se aprecia, el panorama no es el óptimo para quienes acuden a la GpS, que termina transformándose en una técnica a la que solo pueden acudir quienes disponen de una suma de dinero que les permita afrontar no solo el proceso de gestación, sino también los costes jurídicos que conlleva el reconocimiento judicial del vínculo.

⁵ Simplemente a modo de recordatorio, en el caso se evaluó el alcance de los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar del progreso científico y el principio de no discriminación. Se evaluó, en definitiva, el alcance del Pacto de San José de Costa Rica respecto de las TRHA, en este caso, la fertilización *in vitro* y cómo los Estados han de garantizar su acceso.

⁶ Para profundizar sobre el asunto en relación con la jurisprudencia nacional, recomiendo consultar el artículo de Federico Notrica (s/f). En relación con lo que ha ocurrido en la jurisprudencia de una provincia en particular, Córdoba, puede consultarse el reciente artículo de Melina Andrea Deangeli, Cintia del Valle Montenegro y Laura Mabel Santolín.

B. EL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Como bien señalaron González, Melón y Notrica (s/f), “[e]l resonado Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en [el] Congreso de la Nación en el año 2012 quedará en la historia de nuestro país como una verdadera herramienta que procuraba, primordialmente, sincerar nuestro derecho de cara a las diversas realidades imperantes en nuestra sociedad actual”. Sirva esta cita de frontispicio para el estudio de la norma que no fue.

El Proyecto, precedente directo del CCyCN, dedicaba su Libro segundo a las llamadas “Relaciones de familia” con una mirada constitucional y convencional orientada al respeto de los derechos humanos, fundamentando “que el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), sería admitido de un modo amplio e igualitario, sin discriminación alguna para garantizar, consecuentemente, el derecho esencial a fundar una familia” (GONZÁLEZ, MELÓN y NOTRICA, s/f). Siguiendo con esta línea de pensamiento, me gustaría destacar que el Proyecto (así como el Código finalmente aprobado) constituye un ejemplo palpable de la voluntad del Legislador de constitucionalizar el Derecho privado, una llamada de atención para la Justicia argentina (tradicionalmente apegada al precedente fundado en la norma civil) de que tiene que mirar hacia arriba, hacia el fundamento del sistema: la Constitución y, a través suyo, el bloque de constitucionalidad.

Creo que resulta necesario acudir al Proyecto para advertir que aquella apuesta legislativa proyectada podría habernos ahorrado muchísimas discusiones judiciales y doctrinales (entre las que se incluye este mismo artículo), así como haber aportado seguridad jurídica para quienes forman parte de la triada de esta técnica. La regulación proyectada resultaba, si se quiere, llamativa, dado que aquel texto no solo reconocía explícitamente la gestación por sustitución⁷, sino que también señalaba los requisitos para la celebración del acuerdo y posterior reconocimiento y guiaba, en cierto modo, la forma en la que la Justicia debería interpretar la técnica.

El art. 562 del Proyecto señalaba lo siguiente:

“Artículo 562.- Gestación por sustitución.

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;

⁷ Que no gestación ni maternidad subrogada, ni vientre de alquiler, ni ninguna de las otras formas con las que también se denominan esta técnica de acuerdo con la posición ideológica que se tenga al respecto. Al respecto, me permito traer a colación esta cita de Arechederra Aranzadi (2018, pp. 30-31): “Las expresiones ‘madres de alquiler’, ‘gestación por sustitución’, ‘maternidad subrogada’... pretenden focalizar la atención del lector sobre lo que usualmente se denomina ‘embarazo’. Focalizar no es algo desdeñable. Por el contrario, es preciso prestar atención sobre ese preciso momento que presupone la maternidad. El defecto sobreviene cuando se focaliza la atención exclusivamente en ese momento. En ese caso, la discusión acerca de la gestación por sustitución queda atrapada, prestando atención solamente a la gestación. Se resalta la mercantilización de la mujer y la ofensa que como persona merece. La dignidad de la mujer queda en entredicho, y esto es especialmente grave si se percibe la importancia que a la dignidad de las personas reconoce la Constitución. Sin embargo, la gestación por sustitución implica la gestación y muchas cosas más”.

- d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
 - e. la gestante no ha aportado sus gametos;
 - f. la gestante no ha recibido retribución;
 - g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
 - h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.
- Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Como se aprecia, el Proyecto, si bien no regulaba acabadamente la GpS, sí que constituía un verdadero precepto que sentaba bases mínimas (pero importantes) que, insisto, podrían haber supuesto una hoja de ruta para los jueces y juezas, y que podría haber brindado seguridad jurídica a la relación tripartita que participa de la GpS: padre/s/madre/s comitente/s, mujer gestante y niño/a nacido/a o por nacer. Veámoslo con detenimiento.

En primer lugar, el Proyecto exigía de las personas intervinientes en el proceso de GpS su consentimiento “previo, informado y libre”. Tal consentimiento debería ajustarse a las reglas previstas por el Código, pero, también, por “la ley especial”. Este punto me parece más que trascendente, porque constituye un llamado de atención del propio Proyecto a la necesidad de contar con una norma que complemente la legislación general, básica si se quiere, recogida en el Código.

En segundo lugar, el Proyecto recogía ciertas reglas en relación con la determinación del vínculo filiatorio: el niño/la niña nacido/a de esta técnica es hijo/a de los comitentes, de quienes han tenido la voluntad procreacional, no de la mujer que ha dado a luz (mujer gestante). Este significativo avance supondría que no sería necesario “romper” el vínculo jurídico que la norma en vigor reconoce, sino algo más sencillo y menos duro para el ordenamiento⁸: lograr el reconocimiento del consentimiento, así como del profundo deseo de quien/es acuden a la técnica de ser padre/s o madre/s.

Para que el vínculo pueda ser reconocido se requiere, en tercer lugar, la homologación del acuerdo previo entre el/la/los/las comitente/s y la mujer gestante. Aquí precisamente es donde comienza la labor de la Justicia, ya que serán las juezas y jueces quienes deberán evaluar si el convenio firmado por las partes reúne, además de los requisitos que señale la eventual Ley especial, los señalados por el propio Código (o Proyecto, en este caso, para ser más preciso).

Ocho son los aspectos que se deberían tener en cuenta, para lo cual el/la juez/a deberá evaluar las evidencias que se le presenten e interpretarlas a la luz del ordenamiento. Así, debería constatar que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño/de la niña que eventualmente nacerá, que al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos⁹, y que estos tienen dificultades serias (imposibilidad, básicamente) de concebir o llevar a término un embarazo.

Pero sin lugar a duda lo que más llama la atención de aquella regulación proyectada es la atención que brindaba a la mujer gestante, respecto de la cual solicitaba del juez/de la jueza que atendiera, en primer lugar, si la gestante tenía plena capacidad jurídica, así como buena salud física

⁸ No olvidemos que la declaración de inconstitucionalidad, para lograr la inaplicabilidad del actual art. 562 CCyCN es una herramienta que “extirpa” *ad casum* un precepto jurídico. Como es sabido, la inconstitucionalidad ha de ser la *última ratio* del sistema, por lo que habría de extremarse todos los medios para “salvar” la constitucionalidad de la norma, como en ocasiones ocurre, acudiendo a la técnica de la interpretación conforme.

⁹ Este requisito, desde mi humilde punto de vista, resulta un tanto excesivo: hay casos de GpS que se han llevado a cabo sin aportación genética de ninguna de las partes. Esta realidad es global. Al respecto, pueden consultarse los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Paradiso y Campanelli v. Italia”, de 2017, o “Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia”, de 2021.

o psíquica; en segundo lugar, que esta mujer no hubiera aportado material genético; en tercer lugar, que no haya recibido retribución alguna, debiendo ser la gestación netamente altruista; en cuarto lugar, se solicitaba del juez/de la jueza comprobar que la gestante no se haya sometido a un proceso de GpS en más de dos ocasiones; y, por último, que la gestante haya dado a luz, previamente, al menos a un hijo propio. Sobre este marco protector-garantista para la mujer gestante volveré incidir.

Para terminar con la regulación que no llegó a ser aprobada, las últimas dos partes del art. 562 proyectado establecían una obligación para los centros de salud de comprobar, antes de realizar la transferencia embrionaria, que quienes acudieran a por la técnica cuentan en efecto con la autorización judicial. En definitiva: que previo a que se implante el embrión ha de requerirse la necesaria homologación del acuerdo.

Por último, el Código proyectado aportaba un marco mínimo para aquellas gestaciones que podrían haberse producido “al margen” de lo normado, salvando así en cierta forma la ilegalidad del proceso. Este apartado podría haber servido, además, para reconocer el vínculo filiatorio de aquellos que acudieron a la técnica en otro Estado.

Me gustaría resaltar, como recientemente lo hizo Fortuna (2022, p. 53), que esta norma proyectada no fue la única verdaderamente propuesta. Es que desde la aprobación del CCyCN “se presentaron diversos proyectos de ley que propusieron la regulación de la práctica, sin que ninguno de ellos lograra la discusión en las respectivas Cámaras. Durante el 2017 en la Cámara de Diputados de la Nación se presentaron tres nuevos proyectos de ley. Para el 2018, agrupaciones políticas de distinta composición partidaria presentaron otras tres propuestas legislativas en el ámbito de la Cámara de Diputados. La primera de estas propuestas se repitió, con leves diferencias durante el 2020. Mientras tanto, en la Cámara de Senadores de la Nación se presentó un proyecto integral destinado a regular el asunto”.

Siguiendo al mismo autor (Fortuna, 2022, p. 53), las regulaciones proyectadas pretendían la expresa legalización de la práctica puntualizando sobre diversos asuntos como “el acceso sin discriminación en razón al tipo de conformidad familiar, limitándola a casos de imposibilidad de concebir o llevar embarazo a término por parte de quienes son comitentes, y por cualquier razón que ello ocurra”. A su vez, “algunos proyectos sostuvieron la necesidad de regular una gestación solidaria; mientras otros previeron la posibilidad de establecer compensaciones a favor de la gestante”. Cabe mencionar, además, que en cierto proyecto se exigió la homologación judicial previa a la práctica, en algún otro que se trate de una contratación privada en la que solo intervenga la justicia en supuestos de desacuerdo o conflicto, o que el Estado a nivel general intervenga mediante un organismo administrativo que controlase quiénes pueden ser gestantes y garantice el goce de sus derechos.

2 EL (COMPLEJO) ROL DE LA MUJER GESTANTE

Como se ha dicho, la gestación por sustitución constituye sin lugar a duda un fenómeno jurídico multidimensional con claras implicaciones éticas. Resulta, tal como reconociera Carrio Sampedro (2021, p. 17), “la madre de todas las cuestiones éticas y jurídicas”.

Como señala Romero Coloma (2016, p. 73-74), “la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada surgió en el marco abierto por las nuevas tecnologías reproductivas. En el caso concreto de mujeres que padecían una patología uterina, se suscitó la posibilidad de poder recurrir al útero de otra mujer”. Tras relatar algunos pormenores del primer caso documentado que tuvo lugar en 1976 en los Estados Unidos, la autora señala en su texto que aquella iniciativa “contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación, ya que determinadas mujeres ofrecían sus úteros para permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Sin embargo, esta visión inicial se ha ido difuminando y ha sido sustituida, en la actualidad, por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades más lucrativas y menos altruistas.

Progresivamente, se ha pasado a una segunda etapa, en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica”. En la actualidad, explica Romero Coloma, la GpS ya no constituye una técnica a la que tan solo acuden parejas que no pueden concebir o llevar a término el embarazo, sino que se ofrece a cualquier persona que desee un hijo y no pueda gestarlo, como puede pasar con una persona soltera o con parejas homosexuales.

De esta técnica, como se ha dicho, participan tres grandes actores. Me gustaría ahora detenerme en uno de ellos, que algún sector puede considerar simplemente instrumental pero que sin lugar a duda es esencial y principal: la mujer gestante. El objetivo de este repaso por la doctrina no es el de encontrar una posición con la que me sienta identificado. Persigue tan solo poner sobre la mesa algunos de los grandes problemas ético-jurídicos que giran en torno a esta figura.

Romero Coloma (2016, p. 75) relata brevemente algunas de las situaciones a las que la mujer gestante se enfrenta en la GpS: “En este acuerdo, el cuerpo de la mujer portadora queda reducido a desempeñar un papel meramente instrumental. La mujer, así, está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que ella porta en su vientre. La madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser, porque la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad sustancial de la persona que, en una antropología humanista -y humanizadora, añado yo- es indivisiblemente cuerpo y espíritu”. Con independencia de que pueda o no coincidir con algún término o consideración de la autora, lo cierto es que esta cita pone en evidencia parte del complejo panorama que se abre para quien va a gestar en favor de otro/a/s.

En el debate sobre la GpS, recuerda Igareda González (2021, p. 25), las mujeres “son más que nunca objetos que no sujetos de una discusión política, legal y ética”. Además de la cosificación de la mujer, esta autora pone de relieve la desigualdad en la que se encuentran quienes acuden a la técnica: “Aun en la posibilidad de que esta cesión sea altruista, y que la mujer solo reciba una compensación económica por las molestias, inconvenientes y gastos que pueda ocasionarle el embarazo, se teme que solo las mujeres que estén en situación de desventaja social y económica serán quienes pueden consentir este tipo de acuerdos”¹⁰.

Íntimamente ligado al altruismo, o no, de esta técnica se encuentra el debate sobre el rol que ocupa la autonomía de la voluntad. En este sentido, se ha señalado que “[r]especto a la voluntad de la mujer gestante, su papel es cuestionado desde el punto de vista de determinar, por un lado, si existe una verdadera libertad en su consentimiento o si, por el contrario, este está condicionado por factores sociales, culturales o muy especialmente, económicos; y, por otro lado, si esta puede disponer libremente de su cuerpo al cuestionar el ámbito de decisión del ser humano que permite ejercer esa libertad, a qué límites está sometida la decisión y cuál es el contenido de la misma” (Culebras Llanas, 2023, p. 104).

Siguiendo con el discurso de la autonomía de la voluntad, Arroyo Gil (2020, p. 48), ha señalado atinadamente que “[q]uienes están a favor de la legalización de la gestación por sustitución defienden, como principal argumento, que cada mujer ha de ser libre para decidir si quiere, o no, gestar un niño para otra persona. Por resumirlo brevemente: para los partidarios de la

¹⁰ La misma autora llama también la atención sobre algo que me parece no menos importante: “Esta preocupación por la potencial explotación de las mujeres no se extiende a otros muchos supuestos contemplados y admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, donde no hay dudas que existe un claro aprovechamiento y explotación de las mujeres en situaciones de desigualdad de poder: desde los abusos laborales y salariales de mujeres en sectores económicos fuertemente feminizados, hasta el perfil de mujeres que se prestan a donar sus óvulos de manera altruista y con una compensación mínima teniendo en cuenta las molestias físicas, vitales y los posibles efectos secundarios que la estimulación ovárica y la extracción de óvulos puede suponer” (*ídem*).

legalización de esta práctica sería una cuestión de ‘autonomía de la voluntad’, de forma que la prohibición de la misma -se llega a decir- sería lo que, en realidad, atentaría contra la dignidad de la mujer (gestante), en la medida en que se le privaría de su capacidad de autodeterminación personal”. Volveremos casi inmediatamente sobre este asunto.

Frente a las posiciones que destacan la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer gestante se alzan algunas otras que Abasolo Barandika (2019, p. 288) vincula al discurso antifeminista. Esta autora resalta que, para quienes suscriben aquella filosofía, las mujeres gestantes han aceptado libremente la situación, “lo que resulta bastante sorprendente porque tanto en las gestaciones altruistas, mediante una compensación resarcitoria, como en las gestaciones lucrativas, con la compensación económica que se las paga, el dinero es un elemento imprescindible para poder llevarlas a cabo. En caso de que no hubiera una compensación, posiblemente ninguna mujer estaría dispuesta a gestar a una niña o niño para luego entregárselo a terceras personas”. En consecuencia, señala la autora, “puede afirmarse que la necesidad económica de las mujeres gestantes es fundamental para que no puedan ser libres a la hora de tomar la decisión de gestar una niña o niño”.

Haciendo ejercicio de resumen, considero que el debate respecto del rol de la mujer gestante gira en torno a la dignidad. Es que para algún sector esta práctica atenta contra la dignidad de la persona humana. Explicaba Balaguer (2017, pp. 203-204) que tal concepto “parte de la idea de que existen ciertos límites en los actos y conductas sociales que no deben rebasar los mínimos de la condición humana, y que el ordenamiento jurídico debe proteger. Entre ellos, el respeto al cuerpo humano, que debe ser dejado fuera de su consideración como mercancía, y que no puede estar sujeto al tráfico comercial”. En su trabajo, Balaguer vincula la dignidad con la protección que han de brindar los poderes públicos allí cuando las personas “que por su especial situación de edad, condición social y necesidad no estén en posición de prestar un consentimiento que las coloque en una posición de indignidad”.

La postura de la magistrada del Tribunal Constitucional español no es del todo coincidente con la de Presno Linera (2021, p. 129), para quien la práctica de la gestación por sustitución, onerosa o altruista¹¹, no afecta a la dignidad de la mujer gestante: “se mantiene la dignidad mientras no se coloca a la mujer gestante en una situación de inferioridad o injusticia respecto a las demás mujeres”. En la acera contraria a Presno se ubicaría, desde mi humilde punto de vista, Arroyo Gil (2020, p. 28), quien ha señalado que “no parece que la cuestión sea tan sencilla, pues incluso aceptando dicha posibilidad (puro altruismo en sentido estricto), la gran cuestión de fondo quedaría pendiente de respuesta, a saber: si el contrato de gestación por sustitución, por su propia naturaleza, es conforme, o no, con la dignidad humana (de la mujer gestante)”.

No es momento de reseñar todos los discursos y posiciones favorables o contrarias a la actuación de la mujer gestante ya que no es ese el objeto último de este trabajo. Simplemente creo conveniente reseñar estos discursos para tomar dimensión de la entidad de los problemas que circulan en torno a la gestación llevada a cabo por estas mujeres.

Desde mi humilde punto de vista, en países en los que esta práctica no está prohibida, como Argentina, pero en los que tampoco existe un marco regulador garantista en favor de las tres partes que conforman la relación de la GpS, el cuidado de la Justicia en el control de los efectos jurídicos de la técnica debe ser extremo. Esto, porque las condiciones que se acuerden en el acuerdo de GpS pueden basarse en cláusulas leoninas que pongan a una de las personas en una situación tan desventajosa como peligrosa para su salud y bienestar.

El problema es que no en todos los casos los jueces y juezas pueden realmente controlar la adecuación a Derecho (a reglas generales de Derecho, como mínimo). Me explico. En aquellos

¹¹ El profesor de la Universidad de Oviedo recuerda que “su libertad para decidir ser gestante a cambio de dinero va en consonancia tanto con su libertad ‘general’ como mujer -p. ej., tener, o no, descendencia o abortar- como con la libertad ‘especial’ que se le reconoce como gestante para interrumpir el embarazo o, incluso, continuar con él a pesar de los deseos de las personas subrogantes” (Presno Linera, 2021, p. 129).

casos en los que la gestación no se ha producido aún, en los que no ha habido transferencia embrionaria, sí que será posible impedir la técnica allí cuando una de las partes se encuentre en una posición de inferioridad tal que roce lo inhumano, degradante o, en definitiva, indigno. Por el contrario, en muchos casos quienes acuden a la técnica silenciosamente y se presentan ante la Justicia tras el alumbramiento del niño o de la niña lo hacen sin haber pasado previamente por el control judicial, mediante la homologación del acuerdo de GpS. Se me antoja que en estos casos el acto de reparación puede resultar una actividad difícil o hasta imposible, al haberse consumado ya la situación que ha puesto en desventaja a una de las partes respecto de las demás.

Precisamente lo que se verá en el próximo epígrafe es una muestra de una acción reparadora preventiva por parte de la Justicia. Como se verá, se trata de un pronunciamiento exhortativo que procura no solo corregir la situación desventajosa para la mujer gestante, sino también incitar a los poderes públicos a actuar para evitar futuras situaciones semejantes.

3 LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE A PRUEBA

A. LA CRECIENTE JUDICIALIZACIÓN DE CASOS: UN EJEMPLO PRÁCTICO

Como se ha visto, el vacío legislativo se ha ido colmando con resoluciones que van formando, poco a poco, un basamento jurisprudencial que sirve como precedente para la resolución de los muchos casos que se presentan ante la Justicia. Asiste razón a Fortuna (2022, p. 52) al señalar, en la introducción de su reciente trabajo, que “[c]on mayor y menor extensión, la práctica de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, como modalidad para el acceso a la filiación, ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia argentina. Desde el 2015 se han registrado más de cincuenta sentencias que, bajo diversas soluciones, legitiman la práctica y habilitan a su acceso”.

Para ejemplificar lo que ocurre con la judicialización de esta práctica en un sistema procesal argentino en particular¹², en un reciente estudio publicado por Deangeli, Montenegro y Santolín (2023) se detectaron y analizaron un total de siete resoluciones judiciales dictadas por juzgados de la Provincia de Córdoba, Argentina, entre 2015 y 2022¹³. Por nuestra parte, con el mismo recorte temporal, en el marco de un Proyecto de Investigación llevado a cabo en la Universidad Blas Pascal¹⁴, hemos logrado relevar un total de dieciséis decisiones en forma de Sentencia y Auto de los juzgados de capital y del interior¹⁵.

El número de casos habidos en la Provincia de Córdoba, que suponría más de un tercio de los que señalaba Fortuna (2022) en su artículo, supone un dato relevante y, a la vez, preocupante.

¹² Cabe recordar que, dada la forma territorial asumida en Argentina y el reparto de competencias recogido en la Constitución basado en la preexistencia histórica, las provincias (y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) cuentan con su propio sistema judicial que convive con uno general, el federal.

¹³ La justificación de la metodología y el objeto de estudio se encuentra en las pp. 90 y 91 y en la nota a pie de página núm. 7 de Deangeli, Montenegro y Santolín (2023, p. 96).

¹⁴ Proyecto de I+D UBP “Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada” (Código 143-20210221-97, Fecha de inicio: 04.05.2021-Fecha de finalización: 30.04.2023), dirigido por la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza adscrito a la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

¹⁵ El diferente número de casos se debe, en gran medida, al deficiente sistema de publicación de resoluciones judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. No todas las decisiones se publican, sino las más relevantes a criterio de determinados organismos técnicos judiciales. A su vez, no se cuenta con un sistema informático fiable de búsqueda de precedentes. Esto llevó a que tengamos que consultar (todos los integrantes del equipo que lideramos con la Prof. Zalazar) juzgado por juzgado, circunscripción por circunscripción, cuáles fueron las resoluciones dictadas sobre esta materia. Esto implica, en definitiva, que la cifra a la que llegamos, que dobla la relevada por el otro equipo que cito, deba ser tomada con pinzas: puede que existan más pronunciamientos que hayan quedado sin analizar.

El paso del tiempo, sumado a la publicidad que la práctica va teniendo¹⁶, lleva a que no sin razón pueda predecirse que el número de pronunciamientos judiciales seguirá incrementándose cada vez más en los próximos años.

B. EL RECIENTE CASO “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S.”: SUPUESTOS FÁCTICOS

Sumándose al elenco de decisiones relevadas por nuestro equipo (en este caso, con el ordinal diecisiete), el 7 de junio de 2023 el Juzgado de Familia de 1º Nominación de la Provincia de Córdoba (circunscripción capital), a cargo de la jueza María Belén Mignon, dictó la resolución “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305”¹⁷. Se trata de una decisión de suma relevancia para la jurisprudencia cordobesa (y, creo, argentina en general), que seguramente terminará convirtiéndose en un precedente relevante.

Antes de entrar a valorar los argumentos que llevaron a tomar la decisión, resulta conveniente detenernos unos segundos en los hechos de la causa.

El 19 de octubre de 2022 comparecieron ante el Juzgado de Familia los actores, W., B. y C., L. E. y la señora R. T., D. S., solicitando la homologación de un acuerdo de gestación por sustitución. La solicitud incluía, naturalmente, el pedido de autorización para llevar a cabo la práctica, así como la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN para levantar el velo del *mater semper certa est*. La presentación ante el Juzgado se inscribe en la categoría de autorizaciones solicitadas con carácter previo a la práctica médica, esto es, a que se produzca la fertilización *in vitro* y la posterior implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer gestante.

En la exposición de los hechos de la decisión se relata que la pareja heterosexual formada por W., B. (Sra. B.) y C., L. E. (Sr. E.) comenzaron una relación estable en 2019 y que desde julio de 2020 conviven en un mismo hogar. Relata, además, que en octubre de 2019 a la Sra. B. le fue diagnosticado cáncer de útero, recibiendo numerosos tratamientos hasta su alta en febrero de 2020. Ante los buenos resultados de las intervenciones médicas, como pareja, comenzó su deseo de tener hijos y ampliar la familia que ya formaban, deseo que se mantiene latente en la actualidad.

Dada la situación médica de la Sra. B., la pareja se sometió a asesoramiento médico. El dictamen de los galenos no fue favorable, sin embargo, al deseo de procreación por medios naturales ni tampoco a la posibilidad de que se lleven a cabo procesos de fertilización asistida. En definitiva: la mujer no podía gestar. Un detalle importante, antes de pasar al siguiente punto del relato, es que la Sra. B. congeló óvulos. Si bien no se indica de forma expresa en la decisión, esta congelación podría haberse dado antes de que la mujer se sometiera al tratamiento por cáncer.

Ante el panorama descrito y el ferviente deseo de ser padres, la Sra. B. y el Sr. E. se informaron de otras posibilidades, entre ellas la gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, tras enterarse de los altos costes de la práctica, cayeron en la cuenta de su relativa imposibilidad.

El siguiente punto del relato es importante porque supone la entrada al escenario fáctico de la posible mujer gestante. La decisión relata que la Sra. B. trabajaba, a principios del año 2022, en una empresa al parecer dedicada a los servicios inmobiliarios.

Se señala que la Sra. B. mantuvo buena relación con sus compañeras y compañeros de trabajo, relación que se mantiene en la actualidad, incluso sin trabajar más allí. Entre las buenas

¹⁶ A modo de ejemplo de la incidencia local de la mediatización de los casos, puede consultarse esta sección del periódico cordobés La Voz del Interior en la que se recogen numerosas noticias sobre gestación por sustitución en todo el territorio del país: <https://www.lavoz.com.ar/temas/gestacion-subrogada/> (consultada: 18.09.2023). Lo mismo puede verse en otro periódico de tirada nacional, Clarín: <https://www.clarin.com/tema/alquiler-de-ventres.html> (consultado: 18.09.2023).

¹⁷ La decisión puede consultarse en <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=33258> (consultado: 18.09.2023).

amistades que conserva se encuentra la de la Sra. S., quien realizaba tareas de maestranza en dicha empresa. La buena relación entre la Sra. B. y la Sra. S. llevó a que en sus conversaciones se pusiera el asunto de la imposibilidad de gestar sobre la mesa. Así lo relata la decisión: “Durante una de las charlas, S. le manifestó a B. que ella era madre y sabía la bendición que era poder serlo, y que como ella había sido muy buena como compañera quería ayudarla a que junto a su pareja pudieran ser padres, que contará [sic.] con ella para llevar adelante el embarazo”¹⁸.

A partir de aquel momento los contactos de los posibles comitentes y la Sra. S. se intensificaron, llegando a consultar a diferentes profesionales médicos y legales para que les explicaran las implicancias de la práctica a la que se someterían. El Auto señala, de acuerdo con lo indicado por la representación procesal, que “[a] todo lo que le fue informado, S. siempre demostró un altísimo grado de convicción, reiterando de forma enfática en cada ocasión que ella no tiene interés de volver a ser madre y que sólo lo hacía para ayudarlos a ellos (B. y E.)”¹⁹

El relato de los hechos continúa indicando que los gametos de los posibles comitentes, de acuerdo con los informes médicos, son aptos para poder concebir y que la Sra. S. se sometió ya a diversos estudios que demuestran que podría portar el embarazo.

Antes de los fundamentos jurídicos de la decisión se indican también los trámites procesales llevados a cabo: solicitud de informe interdisciplinario al CATEMU (equipo auxiliar técnico multidisciplinario); fijación de audiencia en los términos del art. 73 del Código de Procedimiento de Familia (Ley 10.305); y orden de dar intervención a la Fiscalía de Familia.

C. EL DICTAMEN DE LA FISCALÍA DE FAMILIA

Con carácter previo al estudio de los llamados “considerandos”, o fundamentos jurídicos del Auto, cabe detenerse un momento en el Dictamen de la Fiscalía de Familia.

Resumiendo su contenido, de por sí escueto, el Fiscal comparte la posición del CATEMU, que había desaconsejado llevar a cabo la práctica. A dicha conclusión llega tras tomar contacto directo y personal con las partes, advirtiendo así que la voluntad altruista que aparece como necesaria en todos los procesos de gestación por sustitución, “se encuentra atravesada por una desigualdad y asimetría entre los integrantes del proceso”²⁰.

D. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS (I): MATERIA A DECIDIR

El examen de la causa comienza con la delimitación de su objeto, esto es, qué es lo que se tiene que decidir.

Comienza con una cuestión liminar: para la jueza que resuelve, la gestación por sustitución constituye una TRHA. No es asunto menor: la Ley 26.862, reguladora de la reproducción médicamente asistida, no incluye una relación de técnicas específicas que quedan a su resguardo, sino que queda al arbitrio de la autoridad, en este caso judicial, la subsunción de la técnica específica en la categoría normativa. Es que la norma señala tan solo lo siguiente:

“Artículo 2º - Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

¹⁸ Auto “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. - Solicita homologación - Ley 10.305”, de 7 de junio de 2023, p. 2.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 4.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

Cabe resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la normativa argentina guarda absoluto silencio sobre la gestación por sustitución como TRHA: no la prohíbe ni la legaliza. Distinto es el caso de España, por ejemplo, en el que el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe, por sus efectos jurídicos, esta técnica²¹. La argumentación de Arroyo Gil (2020, p. 45) no aplicaría, en consecuencia, al caso argentino: “(...) la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida (...), equiparable a la fecundación *in vitro*, aunque desde determinados sectores se intente presentar así, porque aquí no es la mujer que desea ser madre la que se somete a un determinado tratamiento tendente a posibilitar su embarazo y ulterior maternidad, sino que, por el contrario, es un tercero, la mujer gestante, la que actúa como ‘mediadora’ de la maternidad o paternidad de un tercero (mujer u hombre individual, o pareja, de distinto o del mismo sexo”. Continúa el profesor de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid señalando que “[d]esde este punto de vista, no parece, lógicamente, correcto concebir dicha práctica (acuerdo o contrato) como una técnica de reproducción humana asistida”.

Volviendo al caso, la jueza actuante entiende que la gestación por sustitución se presenta como un caso de TRHA que no ha sido contemplado en el ordenamiento jurídico argentino, lo que conlleva una situación de “alegalidad”. Señala, además, que a nivel general “quienes solicitan la autorización a dicha técnica apelan al art. 19 de la Constitución Nacional (...) en tanto todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido”. A su vez, completa el panorama técnico-jurídico señalando que “[d]icha previsión constitucional es acompañada del resto del ordenamiento jurídico nacional y supranacional el que enmarca y forma parte del engranaje de derechos fundamentales y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22; caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*)”²².

Precisamente por el marco normativo que usualmente se trae a colación para argumentar la viabilidad de la práctica, la jueza entiende que “la autorización se engasta en una figura que si bien no se encuentra regulada responde a derechos fundamentales como lo son el derecho a formar una familia, el derecho a acceder a los beneficios de la ciencia y en definitiva alcanzar un estándar de vida o calidad de vida de la cual todas las personas somos merecedoras”²³. No es momento de entrar en la teoría de los Derechos y el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico argentino, pero me resulta un tanto peculiar la alusión a estos derechos como “fundamentales”, con todas las garantías que dicha caracterización supondría.

Un punto para destacar, también ligado al sistema de fuentes, es que para decidir sobre el asunto la jueza se acoge a la filosofía que subyace en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. En su argumentación, atribuye a dicho Anteproyecto el carácter de fuente directa para decidir²⁴. Así, además de citar el art. 562 del Anteproyecto destacando (en negrita) dos puntos

²¹ Aquí el precepto:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

²² Auto “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. - Solicita homologación - Ley 10.305”, de 7 de junio de 2023, p. 5.

²³ *Ídem*.

²⁴ Cabe recordar que el art. 1 CCyCN señala lo siguiente:

“ARTICULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos,

que serán claves en su análisis [el apartado “a)”, relativo a la plena capacidad, buena salud física y psíquica de la mujer gestante; y el apartado “f)”, relativo a la gratuidad de la técnica], la jueza señala que “[e]n análisis concreto del caso, la suscripta advierte que no se han cumplimentado en modo alguno los requisitos de mínima exigidos en el Anteproyecto del CCyC”²⁵.

No estoy del todo seguro de si esta técnica es del todo correcta. Discrepo, en este caso, del *iura novit curia*, ya que no del todo acertado arribar conclusiones directas de un texto no normativo, incluso siendo el precedente directo del precepto finalmente aprobado por el Congreso de la Nación. No se advierte en el caso, tampoco, que se haya realizado un escrutinio de aquel texto en comparación con los proyectos legislativos posteriores para determinar si hay, siquiera, una línea de continuidad. Lo que sí creo que se podría haber hecho es tomar las categorías del Anteproyecto, contrastarlas con las demás opciones prenormativas y con la jurisprudencia provincial y público-provincial comparada para llegar, así, a la misma conclusión, pero basándose en la necesidad de dar respuesta al caso ante una laguna. En definitiva: llegar al mismo resultado, pero por otro medio.

E. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS (II): EL ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO

Se ha señalado que para la jueza dos son los puntos que necesariamente han de ser comprobados para otorgar su autorización a la práctica: la buena salud física y psíquica de la mujer gestante y la gratuidad de la técnica. Para poder hacerlo, la decisora debe pasar por el tamiz de estas categorías la prueba aportada, los informes y dictámenes recabados y la audiencia con las partes involucradas. Como se verá, la audiencia resultará concluyente para su decisión.

El Auto señala que la Sra. S. no solo podría, sino que ya se ha visto afectada por la práctica. En efecto, destaca que la posible mujer gestante “presenta miedo y ansiedad”, aspecto constatado en la audiencia, así como en el informe del CATEMU. Resalta, a su vez, que la Sra. S. “no cuenta con obra social, ni acompañamiento terapéutico e incluso ella misma manifestó dificultades en su salud bucal -lo que planteado a la mujer comitente- no tuvo debida respuesta [sic.]. En tal sentido, manifestó que en sus embarazos anteriores, este aspecto de su salud se deterioró de manera grave y solicitó a la mujer comitente que le proveyera de atención odontológica a lo que la otra se negó por no corresponder”²⁶.

La jueza constata, en la audiencia, que la posible mujer gestante, al contrario de lo que apuntaban los solicitantes, no cuenta con información suficiente respecto de la incidencia de la técnica en su propia familia. Creo que este punto habla muy bien de la sensibilidad con la que la decisora toma el asunto: se relata que la Sra. S. tiene hijos, uno de ellos discapacitado, y que al momento de la audiencia ninguno de ellos está al tanto del proyecto de GpS, “lo cual deja interrogantes en como [sic.] gestionarían emocionalmente (sin información previa) el momento en que ellos verían a su mamá embarazada para luego no continuar con la crianza de dicho niño/a”²⁷.

La forma de argumentar que en este caso la mujer gestante no satisface las categorías señaladas por el Anteproyecto es a través de dos razones principales: que le falta autonomía para tomar la decisión (a lo que se une una situación general de vulnerabilidad social); y que la práctica proyectada es meramente comercial.

Respecto de lo primero, la jueza parte de una realidad ya constatada: entiende que no hay, por parte de la Sra. S., una responsabilidad a nivel familiar interno respecto de la práctica que

prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Como se aprecia, el CCyCN no atribuye a los Anteproyectos el carácter de fuente de derecho.

²⁵ Auto “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. - Solicita homologación - Ley 10.305”, de 7 de junio de 2023, p. 7.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 8.

podría realizar, ya que no se ha trabajado a nivel familiar la decisión de subrogar. De acuerdo con el entendimiento de la titular de este Juzgado de Familia, el eje de la decisión se basa en lo económico, “posicionándose claramente como una persona en situación laboral no circulando absolutamente ningún tipo de afectividad en la triada solicitante”²⁸.

La falta de libertad queda constatada, a criterio de la jueza Mignon, en que la voluntad de la posible gestante “se encuentra afectada por la multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa y observa en la técnica una forma de salir de ello”. Esto no sería cuestionable, entiende la jueza, “si su decisión fuese el producto de un posicionamiento libre, pleno y autónomo guiado o motivado por una lección totalmente despojada de vestigios que la atraviesan colocándola en una situación de vulnerabilidad evidente”. En otro apartado de la misma sección del Auto, la jueza resalta que la Sra. S. “[l]ejos se encuentra de una actitud empoderada que la autodefina como persona en pleno uso de sus libertades asumiendo las consecuencias de dicha experiencia o práctica”, algo que queda constatado de forma palmaria cuando en la audiencia, al ser interrogada sobre si tenía claro lo que sucedería cuando naciera la persona producto del embarazo, la propia mujer señaló: “hacer lo que digan ellos” (los comitentes)²⁹.

La vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer gestante lleva a que ésta, en el conjunto de la triada, se posicione, en definitiva, “en un lugar absolutamente despojado de protagonismo, el cual denota una absoluta asimetría cultural, social y simbólica en la práctica”³⁰.

Respecto del segundo punto a analizar, relativo a la comercialización de la práctica, la jueza constata que la autorización solicitada se basa elementalmente en una contraprestación económica. Esto implica que la relación entre la pareja comitente y la mujer gestante, a más de basarse en un lazo de parentesco o vínculo afectivo-amistoso, se basa en una simple vinculación contractual-comercial. Si bien la jueza no desconoce la posibilidad que deja abierto el vacío legal de sujetar la práctica a las reglas del comercio, entiende que ella, como decisora, no puede avalar una técnica de este tipo, ya que “abrir la comercialización de la capacidad reproductiva sin ningún tipo de salvedad, cuidado y acompañamiento conllevaría una peligrosa ecuación que excede a un juzgado de familia y deberá dirimirse a nivel legislativo”. El escrutinio que realiza, subraya la decisora, no se basa en “una visión moral de la figura sino de protección de derechos de la parte más débil -en este caso la gestante- quien acude a prestar sus servicios de manera irregular, sin cobertura médica ni acompañamiento terapéutico, sin existencia de vínculo afectivo-amoroso o de parentesco con los comitentes e incluso atentando contra su integridad psico-física”³¹.

Para cerrar este apartado, me gustaría resaltar la defensa que la propia jueza realiza sobre la jurisprudencia que la vincula. Es que Mignon trata de apartarse de sus dos precedentes³², en los que sí autorizó la práctica, dando razones que distinguen este caso de los demás: autonomía de decisión de la gestante clara, libre e informada basada en una relación altruista y solidaria con acompañamiento de la parte comitente.

F. LA DECISIÓN Y LA EXHORTACIÓN

Atendiendo su argumentación, la decisión judicial es absolutamente coherente: se rechaza el pedido de homologación para realizar la gestación por sustitución, no permitiendo la transferencia embrionaria en la persona de la Sra. S. En cuanto a las costas, se imponen por el orden causado y no se regulan honorarios de conformidad con lo dispuesto en el Código arancelario

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

³¹ *Ibidem*, p. 14.

³² Salvo error por mi parte, Auto núm. 798, de 6 de agosto de 2018 (A. M. T. y Otro - Solicita Homologación) y Auto núm. 376, de 24 de junio de 2022 (P., M. L. y otro - Solicita Homologación).

provincial. Respecto de la posible inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN, claro está, no se requiere pronunciamiento alguno.

Con independencia de la respuesta jurídica dada a los solicitantes, la jueza traslada la categoría de sentencia exhortativa a este Auto. Así, no solo en los considerandos, sino también en el fallo, exhorta al Poder Legislativo nacional “a fin de que regule dicha técnica de alta complejidad tendiente a lograr la superación de las dificultades que el vacío legal provoca, siendo endeble los criterios de determinadas praxis sociales y en post [sic.] de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables”³³.

CONCLUSIONES

La GpS constituye una práctica que cada día se presenta con mayor naturalidad en nuestra sociedad. Si bien algunos países han regulado la técnica para definir sus contornos jurídicos o prohibirla en el ordenamiento, Argentina ha quedado al margen. Hemos visto que la regulación directamente aplicable es, por de pronto, escasa y sumamente abierta a la necesaria interpretación judicial para salvar sus escasos límites. Precisamente por esto y por la jurisprudencia que generalmente avala la técnica, puede entenderse que la GpS constituye una técnica posible pero que requiere necesariamente de autorización judicial.

Los jueces y las juezas se han convertido, con el paso del tiempo, en verdaderos legisladores negativos del asunto. Esta conversión del rol no se debe a un activismo judicial sino a una desprotección del ordenamiento, a un desinterés de las fuerzas políticas con representación parlamentaria de poner fin a la laguna del Derecho y proveer un sistema que otorgue garantías a las tres partes involucradas: el/la/los/las comitente/s, la mujer gestante y la persona que va a ser concebida y que, eventualmente, nacerá.

Se han puesto en evidencia los numerosos problemas ético-jurídicos que subyacen a la gestación por sustitución, sobre todo aquellos que afectan a la mujer gestante. Sin un adecuado ordenamiento la única forma de que la dignidad de esta mujer sea garantizada es por medio del escrutinio judicial, del análisis no solo de los documentos jurídicos que constatan la relación entre la parte comitente y la mujer gestante, sino también en el contacto directo de la Justicia para escuchar, observar y leer entre líneas la situación en la que cada uno/a se encuentra. Solo a través de este tipo de evaluaciones integrales puede otorgarse verdadera protección a las partes, garantizar su simetría y preservar, en definitiva, su dignidad.

El debate en Argentina sobre la dignidad de la mujer gestante existe porque viene ligado a la realidad. Es el debate que subyace en esta decisión que, si bien en ningún momento se refiere expresamente al término “dignidad”, evalúa su protección a partir de dos categorías: la autonomía de la voluntad y la comercialización de la práctica. La dignidad, como se ve, queda “atada” en Argentina al altruismo. Cuando la decisión de la mujer gestante no se basa en la solidaridad del vínculo sino en la contraprestación económica su autonomía se corrompe³⁴.

Resulta criticable, a mi modesto parecer, la forma en la que se construye la argumentación para llegar a otorgarle a las categorías apuntadas la entidad de tamiz decisorio para el caso. Otorgarle a un Anteproyecto normativo el carácter de fuente del Derecho no es, entiendo, correcto desde el punto de vista del sistema de fuentes. Insisto al respecto en que podría haberse llegado a la misma conclusión utilizando un camino menos sinuoso ya que, al fin y al cabo, la jueza debe construir un entramado racional para resolver el caso a partir de categorías generales no adscritas a ninguna norma en vigor.

Creo que, en términos generales, esta decisión revaloriza el valor de la mujer gestante por medio de una adecuada garantía de sus derechos. Lo hace desde tanto desde el punto de vista legal como simbólico, utilizando un lenguaje claro que pone sobre la mesa los debates más actuales a

³³ Auto “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. - Solicita homologación - Ley 10.305”, de 7 de junio de 2023, p. 17.

³⁴ Para profundizar, *vid.* Curti (2018, p. 167).

partir de una terminología repleta de sentido. Se trata de una decisión que encarna los valores de las llamadas “100 reglas de Brasilia” que, además de juzgar con perspectiva de vulnerabilidad, lo hace con perspectiva de género. Se trata, además, de una decisión que seguramente tendrá valor de precedente para muchos decisores que se enfrenten a situaciones fácticas similares. A su vez, espero que tenga efecto disuasorio sobre aquellos/as posibles comitentes que, aprovechándose de la realidad de la mujer gestante, quieran instrumentalizar su cuerpo y realidad.

El hecho de que se trate de una sentencia exhortativa no es dato menor. Si bien resulta complejo (y hasta, si se quiere, utópico teniendo en cuenta el calendario electoral de 2023) pensar que un Auto de un Juzgado de Familia de la circunscripción capital de la Provincia de Córdoba tenga un efecto de convicción en el Congreso de la Nación, no deja por ello de resultar significativo que se intente aportar un granito de arena para resolver un problema jurídico serio, que afecta cada vez a más personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABASOLO BARANDIKA, Itxanse. La gestación por sustitución y las mujeres gestantes.

Aspectos jurídicos y éticos. Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales, San Sebastián, núm. 41, p. 260-297, 2019.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I. No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

ARROYO GIL, Antonio. Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego. Estudios de Deusto, Bilbao, núm. 68 (2), p. 41-73, 2020.

BALAGUER, María Luisa. Hij@s del Mercado. La maternidad subrogada en un Estado social. Madrid: Ediciones Cátedra, 2017.

CARRIO SAMPEDRO, Alberto. La gestación por sustitución: la madre de todas las cuestiones éticas y jurídicas. En: CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.). Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 11-17.

CULEBRAS LLANA, Irene. El contrato de gestación subrogada. En: LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (coord.). La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar. Madrid: Sepín, 2023, p. 97-115.

CURTI, Patricio Jesús. Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, núm. 38, p. 159-177, 2018.

DEANGELI, Melina Andrea; MONTENEGRO, Cintia del Valle; y SANTOLÍN, Laura Mabel. Gestación por sustitución: un vacío legal cubierto por la labor jurisprudencial. Revista Argumentos, Córdoba, núm. 16, pp. 88-109, 2023.

FORTUNA, Santiago Ignacio. La gestación por sustitución en la Argentina: reflexiones desde los feminismos para una necesaria regulación. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, núm. 45, p. 51-73, 2022.

GONZÁLEZ, Andrea; MELÓN, Pablo; y NOTRICA, Federico P. La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en: <<http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una->

realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod#>. Acceso el 14 sep. 2023.

LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, 2013.

NOTRICA, Federico. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Ministerio de Salud de Argentina. Disponible en: <<https://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/120>>. Acceso el 14 sep. 2023.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante. En: CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 109-130.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid: Dilex, 2016.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Editorial Comares, 2012.