

Perspectivas sobre la Gestación por Sustitución, el procedimiento de Exequatur y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino

Perspectives on Surrogacy, the Exequatur Procedure, and the Declaration of Unconstitutionality of Article 562 of the Argentine Civil and Commercial Code

Agustina Prosperi Ledesma¹²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)30](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)30)

Comentario a

“M., L. - Exequatur - Ley 10.305”.

Sentencia n.º 391, de fecha 6 de noviembre del 2023.

Juzgado de Familia de Primera Instancia de Segunda Nominación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En Argentina, la constitucionalización del derecho privado, ha tenido un gran impacto en el derecho de las familias. La comisión redactora del Código Civil y Comercial incluyó en el anteproyecto la regulación de la "gestación por sustitución" como una Técnica de Reproducción Humana Asistida. En este sentido, dejaba en claro los requisitos, el proce-

1 Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Maestranda en Derecho y Argumentación en la Universidad Nacional de Córdoba. Relatora del Juzgado de Familia de Primera Instancia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Adscripta en la materia Derecho Privado VI (Derecho de las Familias y Sucesiones), cátedra "B" de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: agustinaprospersi@gmail.com. ORCID ID: 0009-0003-8594-742X

2 Este comentario 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.

dimiento a seguir y los efectos jurídicos de haberla realizado. Sin embargo, al momento de sancionarlo, su regulación fue desestimada. Actualmente en Argentina existe un vacío legal respecto a esta figura lo que ha generado diversas alternativas para los interesados y las interesadas en tener un hijo o hija que desean hacer uso de esta práctica. Una de las opciones es recurrir a la gestación por sustitución en el exterior y realizar la inscripción de la partida de nacimiento extranjera en Argentina a través de la figura del "exequátur". Eso fue lo que L., M., y J. L. A. decidieron hacer en pos de ampliar su familia y que fue reconocido por el Juzgado de Familia de Primera Instancia y Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba.

ABSTRACT

In Argentina, the constitutionalization of private law has had a significant impact on family law. The drafting committee of the Civil and Commercial Code included in the preliminary draft the regulation of "gestational surrogacy" as an Assisted Human Reproduction Technique. In this regard, it clearly outlined the requirements, the procedure to follow, and the legal effects of carrying it out. However, at the time of its enactment, its regulation was dismissed. Currently, there is a legal void regarding this matter in Argentina, which has led to various alternatives for those interested in having a child and wishing to use this practice. One option is to resort to gestational surrogacy abroad and then register the foreign birth certificate in Argentina through the "exequatur" procedure. This is what L., M., and J. L. A. decided to do in order to expand their family, which was recognized by the First Instance and Second Nomination Family Court of the City of Córdoba.}

PALABRAS CLAVE: derecho de las familias; filiación; técnicas de reproducción asistida; gestación por sustitución; exequátur.

KEY WORDS: Family law; filiation; assisted reproduction technique; gestational surrogacy; exequatur

I. Introducción

En diciembre de 2022, L. M. y J., L., A., decidieron asentarse en Bogotá, Colombia en búsqueda de un hijo o hija. Así el 27/01/2021 nació, a través del procedimiento de gestación por sustitución, la niña M., M. quien fue inscripta en la Notaría 69 del Círculo de Bogotá como hija de la gestante, quien no aportó su material genético, y del progenitor que sí lo hizo.

Cabe recordar que en Colombia, al igual que en Argentina, la gestación por sustitución no se encuentra regulada, por lo que a los fines de lograr el emplazamiento filial como hija de quien tuvo la voluntad procreacional, debieron iniciar la impugnación de la maternidad. Esta acción jurídica tiene como objetivo desplazar a quien ha sido emplazada como "madre" del niño o niña. Finalmente, el Juzgado Número Veintinueve de Familia de Bogotá hizo lugar a la acción entablada y declaró que la gestante no es la madre biológica de M. Sin embargo ordenó que la niña se mantuviera inscripta sólo como hija del progenitor que aportó, situación esta que fue plasmada en lo que conocemos como partida de nacimiento.

Al llegar a Argentina iniciaron un *exequátur*, una institución del derecho procesal que tiene como objetivo homologar actos y resoluciones pronunciadas por autoridades extranjeras y declararlo ejecutivos en nuestro país. De igual manera solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial Argentino y que M, también sea emplazada como hija del matrimonio de L. M. y J. L. A. en tanto había nacido a través de una técnica de reproducción humana asistida. El Juez de Familia de Primera Instancia tras correrle traslado tanto al Fiscal de Cámara de Familia, como custodio del orden público y a la Sra. Asesora en su carácter de representante complementaria de la niña, hizo lugar a lo solicitado y mando a oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Córdoba, Argentina a los fines de inscribir el nacimiento de M. A como hija del matrimonio, no obstante decidió no pronunciarse respecto a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad conforme lo analizaremos en el presente trabajo.

II. Una breve reflexión sobre la gestación por sustitución como práctica de reproducción humana asistida

Vamos a definir la gestación por sustitución como "una forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente" (Lamn, 2013: 24). Este concepto ha sufrido variaciones a través del tiempo, por ejemplo, en el siglo XX se lo entendía como "una aplicación noble de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil" (Coleman, 1982: 75). Para este autor el procedimiento implicaba que la mujer gestante se insemine artificialmente con el semen de un hombre, lleve adelante el embarazo y una vez nacida la criatura, renunciar a su maternidad, y los derechos y obligaciones que ella conlleva, a favor del padre biológico y además consentir la adopción por parte de esa esposa. Nótese el sentido "tradicional" de familia que tiene la idea dado que sólo parece admitir esta práctica médica cuando se trata de un matrimonio entre hombre y mujer. No incluye a las familias diversas. Asimismo puede verse el derrotero jurídico que esto implicaba y que en todo caso no aseguraba dicho resultado. Cabe aclarar que en la actualidad se admite que no sólo una pareja casada, puede llevar adelante esta técnica sino también una persona soltera. Incluso la misma persona gestante puede hacer aporte o no de sus gametos.

Tal como lo mencionamos anteriormente, en Argentina esta práctica no se encuentra prohibida, y hasta el momento han sido los Tribunales del país los encargados de brindar una solución en cada caso concreto. Generalmente, y a los fines de llegar a un resultado favorable, los interesados y las interesadas invocan el artículo 19 de la Constitución Nacional y el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo C/ Costa Rica" que ha dicho que *"el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas."*³.

3 El fallo completo puede consultarse en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Siguiendo este precedente y el extenso marco convencional-normativo con el que cuenta Argentina (art. 22 inc. 75 de la Constitución Nacional, El Código Civil y Comercial, arts. 560 a 564, Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/2013), se invoca como argumentos el derecho de acceso a la procreación, el acceso a las nuevas tecnologías, el derecho a formar una familia. La jurisprudencia del país se ha pronunciado a favor y ha autorizado este proceso. En muchos otros casos también han exhortado al Poder Legislativo a los fines de que dicte una norma que pueda echar luz sobre este vacío legal, ya sea prohibiéndola o regulándola.

Habiendo dejado clara la definición, debemos decir también que el lenguaje tiene un gran impacto en la manera en que percibimos ciertas cosas e incluso en la manera en que se construye la realidad. El tema que trataremos ha sido nombrado de diversas formas: "alquiler de vientres", "préstamo de útero", "maternidad subrogada", entre otros. Creemos que la denominación correcta debe ser "gestación por sustitución". Durante muchísimo tiempo se ha asociado lo femenino con la maternidad y con las tareas de cuidados y hogareñas, como si ese fuera el único destino de las mujeres. Pues bien, el movimiento feminista ha puesto en jaque esas ideas y ha permitido acceder a las mujeres a la disposición de su propio cuerpo y a la planificación familiar, por ende es necesario desesencializar la idea de las mujeres como seres femeninos y con determinados tipos de trabajos o actividades. Así las cosas, quien lleva adelante este embarazo no tiene la intención de ser madre, a diferencia de la mujer comitente quien sí ha prestado el consentimiento y tiene la voluntad de ser emplazada en dicho estado, con todas las consecuencias jurídicas y emocionales que ello trae. En segundo lugar, hablar de alquiler o préstamo parece reducir a la persona gestante a un simple "medio para un fin" lo que lleva a que no se consideren sus derechos o necesidades, generando así situaciones de vulnerabilidad, situación esta que se debería evitar.

En el presente trabajo, comenzaremos haciendo mención al ante proyecto de Código Civil y Comercial y posteriormente haremos mención sobre el marco normativo con el que actualmente cuenta Argentina y los problemas que deben enfrentar las personas que pretenden realizar esta práctica y cómo la figura procesal del "exequátur" es un camino para sortearlos.

III. La gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida. La norma del Código Civil y Comercial que no fue.

Existen impedimentos físicos que no permiten a las personas o a las parejas tener un hijo o hija. Los avances de la ciencia a través de las técnicas de reproducción humana asistida (THRA) permiten sortear esos obstáculos y así consolidar ese deseo. Desde el 2015, el Código Civil y Comercial reconoce a las THRA como fuente de filiación. Así el artículo 558 dice lo siguiente: *"Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."* Este artículo refleja los principios de igualdad y no discriminación que debe aplicarse a todas las relaciones de familia y que son de fuente convencional.

La gestación por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana asistida. En el apartado anterior dijimos que las mujeres estaban destinadas a la reproducción y a las tareas de cuidado. Pues bien, hacia mediados de los años sesenta, el movimiento femi-

nista con su frase “lo personal es político”, lograron irrumpir en la vida pública. Se trataba de demostrar que las circunstancias de vida de las mujeres, aún en ese ámbito privado sólo se pueden resolver a través de la acción política y con la participación de las principales involucradas. La sexualidad, históricamente pensada como algo que corresponde al fuero íntimo de las personas, fue ganando espacio dentro de este terreno y comenzó a abrir las puertas para un debate en torno a las diversidades sexuales, justamente esta forma de concebir un niño o niña rompe con ese estereotipo, porque no es a través de relaciones sexuales que la persona gestante queda embarazada, sino que es a través de distintos procedimientos médicos.

Estos procedimientos son los que nos llevan a distinguir entre las distintas modalidades de gestación por sustitución. Siguiendo nuevamente a Lamm (2012) podemos distinguir entre dos formas de gestación por sustitución, las que también están contempladas en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Ellas son:

1. Gestación por sustitución tradicional: La gestante aporta sus gametos, ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante. En estos casos se apela a la inseminación artificial.
2. Gestación por sustitución gestacional: en este caso la gestante aporta sólo la gestación no sus óvulos, los que provienen de la comitente o de un donante. Aquí necesariamente se debe recurrir a la fecundación in vitro.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial contemplaba los requisitos que las partes debían cumplir al solicitar la autorización judicial para llevar adelante la gestación por sustitución. Ellos son *“El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.”*. Vemos como el proyecto se inclinaba por una gestación por sustitución del tipo gestacional. Nótese también cómo de este artículo surge que también era necesario sancionar una ley especial que regule la materia, lo que tampoco ha sucedido hasta el momento. Finalmente los Tribunales deben verificar que quien llevará adelante el embarazo no haya recibido un pago a cambio de ello. Aquí se pone en evidencia otras de las tensiones y polémicas de este tema: la mercantilización de los cuerpos. El anteproyecto pretendía evitar un sentido comercial de la actividad por lo que ésta debía ser altruista o dicho de otro modo gratuita. Algo hemos mencionado en el apartado anterior sobre la cosificación y el uso de las personas como medio para un fin.

Si bien esto último que mencionamos es un debate que excede este trabajo no podemos dejar de reconocer que es una de sus aristas más interesantes e influyentes en la discusión sobre este tema. En tal sentido el movimiento feminista toma protagonismo y realiza grandes aportes que mencionaremos brevemente. Como todo movimiento social, no es homogéneo y la posición a tomar respecto a la gestación por sustitución no es una sola. Existen discusiones y polarizaciones. El punto más álgido se da respecto a la posibilidad de que las mujeres comercialicen sus cuerpos. En muchas ocasiones se habla

con suma liviandad sobre esta práctica y se la equipara y asocia al delito de trata de personas con fines de explotación.

Para el feminismo del tipo abolicionista, entienden que la gestación por sustitución implicaría habilitar el comercio de mujeres, en especial de aquellas que se encuentran en un contexto económico desfavorecido, lo que llevaría a seguir perpetuando la explotación y subordinación femenina en el marco de una sociedad patriarcal, en consecuencia entienden que debería ser prohibido. Así en esta línea argumental podríamos decir que:

Los mercados de trabajo reproductivo de la mujer son problemáticos porque reafirman las jerarquías de género - el estatus desigual entre los hombres y las mujeres - (...) el contrato de embarazo valida las relaciones sociales asimétricas de jerarquía y desigualdad de género existentes” (Satz, 2015: 159).

Esta postura no distingue si se trata de una actividad paga o altruista, porque de cualquier forma la mujer se encuentra cosificada ya sea que lo haga de manera gratuita o a cambio de una contraprestación. Así las cosas, quienes adoptan esta posición también rechazaría el anteproyecto del Código Civil y Comercial.

Por su parte, el feminismo de corte más liberal, ve los argumentos en contra de la gestación por sustitución como una “actitud paternalista y que coarta la libertad de las mujeres, que las trata como no racionales si se les imposibilita esta elección” (Echevarría, 2019: 10). A ello debo agregar que estas posiciones han coincidido con la idea de que respetar la autonomía implica no interferir con cualquier decisión reproductiva (Seleme, 2015). En un sentido similar se ha dicho que:

La regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades” (Kemelmajer de Carlucci, et. al., 2012: 1).

Si bien esto ha sido un breve resumen de una discusión por demás extensa y que exceden las intenciones de este trabajo, su mención era necesaria en pos de contribuir al debate sobre el tema. Podemos afirmar que el marco normativo pensado para esta figura era bueno, sin embargo, al no ser sancionado coloca a aquellos o aquellas que quiera apelar a la gestación en una situación de inseguridad jurídica puesto que si bien existe la tendencia a hacer lugar a lo solicitado,

En la actualidad la justicia argentina toma como parámetro, al momento de analizar los casos que se le presentan, el proyecto de Código Civil y Comercial que no fue sancionado. La ventaja de solicitar homologación de un acuerdo de forma previa a realizar la práctica es que permite al magistrado o a la magistrada controlar que las partes estén en condiciones de llevar adelante este procedimiento, sino también los derechos de la persona gestante que, en muchos casos, se muestra como uno de los polos más vulnerables dentro de esta situación. Ya hemos dicho que la jurisprudencia del país se ha pronunciado a favor de autorizar la gestación por sustitución. Otras personas deciden seguir otro camino, como en el fallo que comentamos en la introducción, deciden realizar la práctica en el exterior y luego inscribir el acta de nacimiento en Argentina.

En el orden jurídico de la Provincia de Córdoba Argentina se requieren ciertos requisitos a los fines de inscribir documentos, sentencias o laudos extranjeros, que están establecidos en el artículo 825 del Código Procesal Civil y Comercial. Ellos son: *“Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.”* En los autos M., L., - EXEQUATUR - LEY 10.305 (EXPTE. N° -----) dictados por Juzgado de Familia de Primera Instancia de Segunda Nominación, tanto el Juez como el Ministerio Público Fiscal, la Sra. Asesora de Familia y la Titular del Registro Civil y de Capacidad de las Personas entendieron que dichos requisitos se encuentran cumplimentados respecto al acta de nacimiento de la niña por lo que la opinión fue favorable en torno a su inscripción, sin embargo, quedaba un obstáculo por zanjar, este era que sea inscrita con la filiación paterna de quien no aportó su material genético.

IV. ¿El artículo 562 del Código Civil y Comercial es inconstitucional?

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, surge el interrogante respecto a qué sucede con el artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino que establece que *“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.”* Esto es lo que se conoce como el principio *“madre cierta siempre es”*, es decir que quien ha dado a luz a ese bebé o beba es su madre y así será inscripto en el acta de nacimiento. ¿acaso representa un obstáculo para la inscripción de las partidas de nacimiento de niños o niñas nacidos en el exterior a través de la gestación por sustitución? Claramente el artículo se refiere a los casos de parejas que apelan a otras técnicas de reproducción asistida, sin embargo, algunos han interpretado que esta norma prohíbe la gestación por sustitución. Este inconveniente que se nos presenta quedaba resuelto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial que establecía que *“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.”*

En el caso traído a discusión L., M y J., L., pidieron la inscripción de la partida de nacimiento extranjera de la niña, lo cual no presentaba mayores problemas. Además solicitaron que por aplicación del art. 565 del Código Civil y Comercial quede emplazada como hija de ambos, sin embargo, entendían que para lograr dicho objetivo era necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial. Los principales argumentos son que interpretar la norma en un sentido literal y en consecuencia no autorizar a

llevar adelante la gestación por sustitución lesionan el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Todos ellos con raigambre constitucional y convencional.

Recordemos que en el sistema jurídico argentino la declaración de inconstitucionalidad de la ley es considerada la *última ratio* además de ser un hecho de gravedad institucional. De igual manera no se realiza en abstracto sino sobre el caso concreto, tampoco implica que sea derogada, sino que resulta inaplicable a la cuestión traída a debate. (Bouzat, 1995).

En primer lugar, el Juez de Primera Instancia entendió que en dichos autos al encontrarse el progenitor casado, opera la presunción de filiación matrimonial que se encuentra prevista en el art. 566 que dice que *"Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte."* El magistrado entiende que el nacimiento de M. no encuadra dentro de los supuestos de la "filiación por naturaleza" sino que no caben dudas que ha sido producto de la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que ha sido la pareja la que ha tenido voluntad procreacional por ende la solución no puede ser otra que hacer lugar al pedido de inscripción de hija matrimonial de L., M y J., L..

Al haber realizado este desarrollo, el Juez entendió que el art. 562 no era de aplicación en dichos autos, por lo tanto no operaba la declaración de inconstitucionalidad pretendida. Asimismo entendió que no debía pronunciarse en relación a la gestación por sustitución en tanto dicho elemento ya había sido valorado por los Tribunales Colombianos.

Vale decir que este Tribunal ya ha sostenido este criterio en cuanto a no declarar inconstitucional esta norma. En otro precedente⁴ que no implicaba la inscripción de un acta de nacimiento extranjero sino el pedido de homologación de un acuerdo a los fines de llevar adelante una gestación por sustitución. Así, ha dicho que *"es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los art. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión. — Por tal motivo, el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, es decir dentro de las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" (cap. 2, Título V, Libro segundo), por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional. Así si bien puede resultar contradictorio el art. 562 en tanto refiere que: "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", ello debe resolverse dentro del mismo sistema. En el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna. — Por otra parte la norma*

4 Puede consultarse en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-C%C3%93RDOBA.-TRHA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.-.pdf>

no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida”.

Creemos que el razonamiento realizado por el Tribunal resulta correcto en tanto ha realizado una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico. Esto permite asegurar que los principios de voluntad procreacional y de protección integral de las familias prevalezcan en casos complejos como la gestación por sustitución. El Tribunal ha dejado claro que la norma debe interpretarse en un contexto que respete la intención de los futuros padres y madres así como también la estabilidad jurídica de los niños y niñas involucrados, evitando así interpretaciones que podrían generar inseguridad jurídica o que se aparten de los principios fundamentales de la filiación en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. De este modo, la sentencia contribuye a consolidar un marco jurídico coherente y protector de los derechos humanos, garantizando que las decisiones relativas a la filiación se basen en el reconocimiento y la protección de la voluntad de quienes desean formar una familia, lo que constituye un avance significativo en la comprensión y aplicación de la normativa vigente.

V. Conclusiones

La comisión de reforma del Código Civil y Comercial intentó regular la gestación por sustitución, sin éxito. La decisión no sorprende pues este tema pone en tensión diversas cuestiones: el principio que rige en materia de filiación *“mater semper certa est”* (madre cierta siempre es), nuevas formas de familia, la disposición del propio cuerpo, los debates bioético y las posturas dentro del movimiento feminista, entre otras. A lo largo del trabajo hemos hecho una descripción del anteproyecto sino también las dificultades que las partes enfrentan para llevar adelante este proceso. Sin embargo, la tarea no resulta nada fácil. Así, ha quedado en manos del Poder Judicial el decidir si autoriza o no esta práctica en cada caso concreto.

Sin embargo otras personas como L., M y J., L., A decidieron llevar adelante una gestación por sustitución en el país vecino de Colombia y una vez nacida la niña, quien fue inscrita como hija de la gestante y de quien aportó el material genético. Fue así que debieron impugnar dicha maternidad. Al regresar a Argentina iniciaron el proceso llamado *“exequátur”* de inscripción de dicha partida de nacimiento. Asimismo solicitaron que sea emplazada como hija no sólo de aquel quien aportó el material genético, sino también del otro miembro de la pareja. Para ello solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino.

El Juzgado de Familia de Primera Instancia y Segunda Nominación, manteniendo la coherencia conforme precedentes anteriores, hizo lugar al pedido de inscripción de la partida de nacimiento, y haciendo valer la presunción de filiación matrimonial prevista en el artículo 566 del Código Civil y Comercial ordenó que la niña sea emplazada como hija de la pareja de L. M. y J. L. A. En relación a la declaración de inconstitucionalidad, entendió que no representaba un obstáculo toda vez que no resultaba de aplicación dicha norma para el caso en cuestión. Incluso, si así hubiese sido, la interpretación sistemática del orden jurídico tanto convencional como local que regulan actualmente la figura de la filiación en Argentina no impide que al nacer un niño o niña producto de la gestación por sustitución ella o él sean inscriptos con la filiación de quien ha tenido voluntad procreacional y prestado su consentimiento libre e informado.

Podemos decir que el problema de mantener un silencio legislativo, particularmente en estos temas tan sensibles, importa dejar librada la práctica a una especie de "azar" dado que el panorama no resulta claro. De igual manera y pese a que la respuesta jurisprudencial ha sido positiva tanto frente a los casos de "exequátur" y pedido de homologación de acuerdos, pone en jaque al sistema judicial puesto que la línea entre legislar sobre la gestación por sustitución y no hacerlo se torna difusa.

En el contexto mencionado, podemos aseverar que la posición abstencionista que ha adoptado Argentina solo lleva a una gran inseguridad jurídica a las personas o parejas que pretendan ampliar su familia de esta manera. De igual manera frente a esto, el Estado no puede tener un debido control y así resguardar los derechos de las partes más débiles de la relación jurídico-contractual por tanto, entendemos que urge regular a fin de delimitar claramente el camino a seguir frente a una práctica por demás compleja que involucra derechos e intereses personalísimos y fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Bouzat, G. (1995). La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2(1-2). https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50(1), 71-118.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., y Herrera, M. (2012, 9 de septiembre). Regulación de la gestación por sustitución. *La Ley*.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. *Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona*.
- Romeo, E. A. (2019). Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa. *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 18, a1806.
- Satz, D. (2015). Por qué algunas cosas no deberían estar a la venta. Los límites morales del mercado. *Siglo XXI Editores*.