

# La gestación por sustitución: una TRHA que desborda los límites de la relación entre comitentes y mujer gestante

Surrogacy: a HRT that goes beyond the limits of the relationship between parents and the surrogate woman

---

**Agustina Chaves<sup>12</sup>**

---

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)36](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)36)

## Comentario a

“W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305” - Auto n.º 386 de fecha 07/06/2023

**Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba**

## Acceso al Fallo

### RESUMEN:

La tríada comitentes – gestante solicitó al Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba la homologación del acuerdo al que habían arribado para realizar la práctica de gestación por sustitución, y que se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación para que, en caso de ser exitosa la TRHA, se inscriba a la persona nacida como hijo/a de los comitentes. La jueza concluyó, entre otras cosas, que: i) Entre los solicitantes no había un vínculo de parentesco, amistad o afinidad, ni existía un proyecto en común, sino una vinculación contractual – comercial; ii) La gestante no podía prestar libremente su consentimiento pleno e informado, y iii) La gestante no había informado a su familia la decisión de subrogar. Rechazó el pedido de homologación, no permitió la transferencia embrionaria a la gestante, y exhortó al Poder Legislativo a fin de que regule esta técnica de alta complejidad.

---

1 Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Abogada (UCES); Escribana (UES21); Especialista en Derecho de Familia (UNR); Especializando en Derecho Procesal de las Ejecuciones (UBP). Profesora Adjunta del Taller de Argumentación e Interpretación Jurídica (UCES San Francisco). Prosecretaria del Juzgado Civil, Comercial y Familia de 3ª Nominación de la ciudad de San Francisco, provincia de Córdoba. Mail: [chavesagustina@gmail.com](mailto:chavesagustina@gmail.com). Nro. de ORCID <https://orcid.org/0009-0006-1575-4843>

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 Profª. Dra. Claudia E. Zalazar.

## ABSTRACT

The triad of the applicants - gestational carrier requested the Family Court of First Nomination of the city of Córdoba to homologate the agreement they had reached to carry out the practice of gestational surrogacy, and to declare the unconstitutionality of art. 562 of the Civil and Commercial Code of the Nation so that, in case of a successful HRT, the person born would be registered as the child of the applicants. The judge concluded, among other things, that: i) There was no kinship, friendship or affinity between the applicants, nor was there a common project, but rather a contractual-commercial relationship; ii) The pregnant woman could not freely give her full and informed consent, and iii) The pregnant woman had not informed her family of the decision to surrogate. The Court rejected the request for homologation, did not allow the embryo transfer to the surrogate, and urged the Legislative Power to regulate this highly complex technique.

**PALABRAS CLAVE:** Gestación por sustitución; TRHA; altruismo; vulnerabilidades; interés superior del niño.

**KEY WORDS:** Gestational surrogacy; HRT; altruism; vulnerabilities; best interests of the child.

## I. Introducción

Si bien no existe consenso en lo que respecta a la propia definición que cabe asignarle a la llamada gestación por sustitución y a su denominación en sí misma, estimamos prudente conceptualizarla como una técnica de reproducción humana asistida por medio de la cual una persona (gestante) acuerda con otra o con una pareja (comitentes) gestar un embrión, con el objeto de que la persona nacida tenga vínculos filiatorios con los comitentes.

Esta TRHA fue contemplada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora, en los siguientes términos: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial".

Sin embargo, ese artículo fue eliminado del texto definitivo al pasar la Cámara de Senadores, so pretexto de que es una de las figuras jurídicas que más voces encontradas ha generado, y encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario.

A pesar de eso, constituye una guía que los jueces tienen en cuenta al momento de resolver, e incluso marca un rumbo en cuanto a cómo deben proceder las personas que deseen formar una familia mediante una gestación por sustitución.

En este sentido, el Anteproyecto regulaba la gestación por sustitución como “la única práctica de reproducción asistida que necesitaba, de manera previa, contar con la debida autorización judicial. Así, se establecía un proceso judicial especial en el que el juez con competencia en asuntos de familia debía analizar diferentes y variados elementos que rodean a una gestación por sustitución para autorizar o no dicha práctica” (Bergel, 2015). Incluso el centro de salud no podía efectuar la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial.

En este contexto se enmarca lo acontecido en los autos caratulados “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305”, que fueron resueltos mediante Auto n.º 386 de fecha 07/06/2023 por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, quien rechazó el pedido de autorización previa para realizar una gestación por sustitución y, por lo tanto, impidió la transferencia embrionaria en la gestante. La particularidad que presenta este caso es que la mujer gestante no tenía ningún vínculo de parentesco, amistad ni afinidad con la pareja comitente, sino que se conoció con la comitente en su lugar de trabajo.

Por su parte, la pareja decidió recurrir a esta TRHA debido a que la Sra. B en octubre de 2019 fue diagnosticada con cáncer de útero, y si bien recibió el alta en febrero del año 2020, se encuentra imposibilitada de llevar adelante un embarazo a término.

## **II. Posibilidad de realizar una gestación por sustitución en Argentina**

Tal como señala la jueza interviniente, en nuestro país existe una situación de “alegalidad” respecto de la gestación por sustitución, ya que no ha sido contemplada en el ordenamiento jurídico civil.

En otras palabras, esta TRHA no está regulada ni en el código de fondo ni en una ley especial, pero tampoco está prohibida su realización. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, al no estar prohibida está permitido recurrir a la gestación por sustitución.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión 6 – Identidad y filiación de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca en el año 2015, al concluir que “Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.

Incluso prueba de ello la constituyen los casos que la justicia ha tenido que resolver, sea con anterioridad o posterioridad a la transferencia embrionaria en la gestante.

Lo expuesto no significa que la gestación por sustitución esté permitida bajo cualquier circunstancia y condición, sino que la judicatura tiene la compleja tarea de determinar si el pedido de autorización judicial cumple ciertos requisitos mínimos, como podrían ser los que contenía el artículo suprimido del Anteproyecto de CCC.

Véase que en el caso que comentamos, la jueza recurrió a él y concluyó enfáticamente

que “no se han cumplimentado en modo alguno los requisitos de mínima exigidos en el Anteproyecto del CCyC”.

### **III. La determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución**

A partir de la conclusión a la que arribamos precedentemente respecto de que la gestación por sustitución está permitida en Argentina, aunque bajo ciertas condiciones mínimas que podrían ser las que preveía el Anteproyecto de CCC, surge el interrogante acerca de si le resulta aplicable o no el art. 562 del CCC, y en su caso cómo se puede sortear ese valladar.

Si la gestación por sustitución, reiteramos, es una TRHA, en principio devendrían aplicables a su respecto las disposiciones relativas a esa fuente filiatoria (cfr. art. 558, CCC). Dentro de ellas se encuentra el art. 562 del CCC, según el cual los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Sin embargo, la gestación por sustitución presenta la particularidad de que quien da a luz subroga su vientre con el objeto de que el niño/a que nazca sea inscripto como hijo/a de los comitentes. Con lo cual, se advierte la existencia de una incompatibilidad manifiesta entre el art. 562 del CCC y el esquema propio de esta TRHA.

Véase que justamente por esto el artículo eliminado del Anteproyecto del CCC contenía una disposición especial respecto de la determinación de la filiación en esta TRHA. Rezaba: “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”. Como se advierte, a diferencia del actual art. 562 del CCC, la filiación no quedaba establecida con quien diera a luz, sino directamente con los comitentes, que son en definitiva quienes exteriorizan su voluntad procreacional. Debido a lo expuesto es que, en el caso bajo análisis, los peticionantes solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC y se ordene la correspondiente inscripción como hijo/a de los comitentes, en caso de nacimiento con vida. Esta solicitud es imprescindible, ya que, “La particularidad de esta técnica es que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo” (Herrera, 2018: 15).

En otras palabras, si los partícipes de la tríada comitentes – gestante no solicitaran la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC, el vínculo filiatorio quedaría establecido entre el niño/a y la gestante, lo que va en contra del propio objeto de la gestación por sustitución. Esto, “sumado a la falta de normativa expresa en la materia, ha llevado a la necesidad de judicializar los supuestos de gestación por sustitución” (Lorenzetti, 2020: 450)<sup>3</sup>.

### **IV. Análisis de la tríada comitentes – gestante**

No caben dudas de que el juez debe analizar cuál es el vínculo que une a las partes intervinientes. En este sentido, una de las primeras cuestiones que se debe determinar es si entre los comitentes y la persona gestante existe un vínculo de parentesco, amistad o afectividad; pues si ello no se verifica, será necesario reforzar la prueba de la inexistencia

---

<sup>3</sup> “Sin perjuicio de lo dicho, un amparo vigente en la CABA hace que además allí el procedimiento sea sencillo, no requiriéndose judicialización para la inscripción de la persona que nace como hijo de aquellas que recurrieron a la GS” (Lorenzetti, 2020: 450).

de retribución a cambio de la gestación.

En el caso objeto de análisis, no existía ningún vínculo de parentesco, amistad o afinidad entre los solicitantes. La jueza señala que entre ellos no hay ningún tipo de afectividad, y luego analiza puntualmente si es posible inferir la inexistencia de retribución para llevar adelante la práctica.

Del informe elaborado por el CATEMU y la audiencia que receptó personalmente a los comitentes y la gestante, extrae las siguientes conclusiones: a) La gestante no tiene trabajo en blanco; b) La gestante considera que está trabajando para la pareja comitente, dejando relegados sus propios deseos y derechos; c) Se advierte una situación de sumisión o temor de la gestante a no cumplir con la actividad a la que fue convocada, y teme por su propia salud y futuro laboral; d) No existe trabajo previo para superar los obstáculos que podrían plantearse, o existan inconvenientes a lo largo del proceso, o cuestionamiento por poner en juego derechos del orden a la salud sexual y no reproductiva; e) La gestante acude a prestar servicios sin cobertura médica, ni acompañamiento terapéutico, atendiendo contra su propia integridad psico-física; f) No existe consentimiento informado en relación a las posibles consecuencias que aparejarían los riesgos de la práctica, y g) No hay confianza ni empatía entre la tríada comitentes-gestantes.

Asimismo, resulta contundente el fallo cuando resalta que la gestante dijo que lo hace "por necesidad". Esto, a nuestro modo de ver, posee una eficacia convictiva muy fuerte en torno a que la práctica no se realiza de manera altruista, sino que en realidad hay una vinculación comercial entre los intervinientes. Esta es justamente la conclusión final a la que arriba la magistrada.

De las conclusiones expuestas, la jueza deriva la existencia de una situación de asimetría entre los comitentes y la gestante, y hace especial hincapié en la vulnerabilidad en la que se halla la gestante.

Al respecto, alude a la multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa la gestante y observa en la TRHA una forma de salir de ellos, e incluso ve la forma de compensar sus padecimientos.

Resulta contundente la afirmación que la gestante efectuó en la audiencia personal que tuvo con la jueza, donde refirió que iba a "hacer lo que digan ellos" cuando naciera el niño/a producto del embarazo. Con lo cual, se advierte que no comprendía cabalmente los alcances de la gestación por sustitución y se vislumbra una situación de sumisión.

En otros términos, si no comprendía los alcances de la TRHA en cuestión, mal podría expresar su consentimiento libre, previo e informado. Surge evidente que la gestante carecía de información relevante e imprescindible, y tampoco se le habían brindado las herramientas profesionales necesarias para lograr la cabal comprensión de lo que acontecería.

Asimismo, y más allá de que no exista un vínculo de parentesco o afinidad entre los comitentes y la gestante, la jueza menciona que tampoco la gestante encuentra en la pareja comitente un referente de contención, amorocidad, compromiso y solidaridad. Lo que sumado a todo lo antes expuesto, la lleva a determinar que no subyacen lazos solidarios, sino una contraprestación económica a cambio de llevar adelante un embarazo.

La magistrada es contundente al señalar que la gestante "se posiciona en un lugar despo-

jado de protagonismo, el cual denota una absoluta asimetría cultural, social y simbólica en la práctica. No se advierte que sea un “proyecto”, sino una contratación lisa y llana”.

Si bien consideramos que no existe una prueba determinante de cuál es efectivamente la contraprestación que los comitentes asumirían en caso de llevarse a cabo la gestación por sustitución, al igual que la jueza interviniente, entendemos que es posible inferirla de la multiplicidad de circunstancias que rodean el pedido de autorización y, sobre todo, de la propia manifestación efectuada por la gestante en el sentido de que lo hacía “por necesidad”.

#### **V. La necesaria intervención de equipos técnicos y el contacto personal con las partes**

Puede ocurrir que, de los certificados médicos acompañados, apriorísticamente se desprenda la imposibilidad médica y biológica de llevar adelante un embarazo por parte de la comitente, y que la pretensa gestante suscriba el pedido de autorización judicial, e incluso declare bajo juramento que no percibirá ningún tipo de compensación económica a cambio de la gestación. Pero ello no resulta suficiente para homologar el pedido de autorización judicial o el consentimiento de las partes intervinientes.

Es por ello la jueza ofició al CATEMU<sup>4</sup> a los fines de que realice un informe interdisciplinario de la persona gestante y los comitentes.

Sobre este punto, la doctrina señala que “resulta sumamente importante contar con el aporte de la multidisciplina. Ello por cuanto la intervención del equipo técnico del fuero de las familias (CATEMU) conformado para estos casos no sólo con un trabajador social y un psicólogo, sino también por un médico permiten al Tribunal contar con una herramienta de convicción dirimente a la hora de proveer a la autorización de la GS y ordenar que el niño o niña que nazca sea inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo o hija de los comitentes y no del gestante” (Squizzato y Muzio, Florencia, 2024).

Asimismo, la diligencia probatoria encuentra sustento legal en lo dispuesto por el art. 706 inciso b) del CCC que, al referirse a los principios que rigen los procesos de familia, señala que los jueces deben contar con apoyo multidisciplinario.

Al respecto, la doctrina remarca que “Efectuando una interpretación literal de la norma se observa que el legislador ha utilizado el término “deben”, con lo cual se advierte la importancia que se ha pretendido dar a los órganos técnicos, en tanto los mismos pueden colaborar, asesorar y brindar herramientas desde otras ciencias” (Lloveras *et. al.*, 2017:311).

En otras palabras, “Necesariamente el magistrado debe recurrir al auxilio de otras áreas vinculadas con el conocimiento profundo del ser humano, sus relaciones y manifestaciones. Así, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la psicopedagogía, la asistencia social, la sociología, entre otras ciencias, constituyen valiosos elementos que concurren para formar las decisiones dictadas a lo largo del proceso” (Sosa, 2015: 2).

Por otro lado, la jueza recepcionó una audiencia donde mantuvo un contacto personal con los solicitantes y los entrevistó, en sintonía con el principio de intermediación receptado por el art. 706 del CCC y art. 15 de la Lp. 10.305. Como vimos hasta aquí, esta diligencia fue sumamente importante porque allí surgieron manifestaciones de la gestante que vislumbraron la existencia de una contraprestación a cambio de la gestación, y una situa-

---

4 Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario (art. 7, Lp. 10.305).

ción de sumisión de ella respecto de los comitentes.

## **VI. Expansión del alcance de la gestación por sustitución a la familia de la gestante.**

Cuando se habla de la gestación por sustitución se alude al interés superior del niño/a que va a nacer fruto de esta TRHA. Sin embargo, estimamos sumamente enriquecedor al debate y la forma en que cabe analizar cada caso puntual, lo que puso de resalto la jueza al señalar que “quedó expuesto en audiencia la falta de información respecto de la técnica de gestación en la familia de la mujer gestante: es decir los hijos”.

Esta consideración que ella efectuó no estaba contemplada expresamente en el Anteproyecto del CCC, pero el sólo hecho de que haya exigido que la gestante haya dado a luz, al menos, un hijo propio, impone la necesidad de su contemplación. Si se debe tener en cuenta el interés superior del niño/a que pueda nacer, cómo no se va a prestar especial atención a los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

La jueza es categórica al mencionar que uno de los hijos de la gestante está “en situación de discapacidad y no se les ha informado a los niños respecto del proyecto de gestación subrogada, lo cual deja interrogantes en cómo gestionaría 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”.

En otras palabras, verán a su progenitora embarazada, pero luego el niño/a que nazca no tendrá ningún vínculo de parentesco con ellos, e inclusive no serán partícipes de su crianza, porque recordemos que entre la tríada no existe ningún vínculo de parentesco ni afinidad. Esa situación podría generar una controversia en ellos si no se los hace partícipes de la TRHA desde un primer momento.

Lo expuesto demuestra que la decisión que en un principio pareciera limitarse a la tríada comitentes – gestante, expande sus alcances a la familia de la persona gestante.

Incluso, no sólo la expande a sus hijos/as menores de edad, sino a la familia en general, porque será en su núcleo íntimo donde compartirá la cotidianeidad del embarazo, que puede incluir complicaciones médicas, lo que determina claramente la necesidad de trabajar a nivel intrafamiliar la decisión de subrogar.

En definitiva, la gestación por sustitución es la técnica de reproducción humana asistida que genera mayores reparos, no sólo porque quien gesta lo hace con el objeto de que el niño/a que nazca sea inscripto a nombre de los comitentes, sino porque tiene efectos expansivos sobre personas ajenas a la práctica en sí: la familia, y sobre todo los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

## **VII. El mandato exhortativo**

Por último, la jueza insta al Poder Legislativo a regular la figura de la gestación por sustitución, para así superar las dificultades que el vacío legal provoca y en pos de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables.

Al respecto, la doctrina especializada considera que “las personas más vulnerables en este procedimiento [son]: la gestante y el/la niño/a que nacerá” (Herrera, 2018: 20). En lo personal, por las razones expuestas a lo largo del presente trabajo, estimamos prudente agregar a los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

La efectiva realización de esta técnica existió, existe y continuará existiendo. Forma parte de la realidad en que vivimos, e incluso constituye una de las pocas posibilidades que tienen las personas imposibilitadas de llevar adelante un embarazo (sea por razones biológicas o médicas) de formar una familia. Ello demuestra que es necesaria su regulación y contemplación por parte del ordenamiento jurídico argentino.

En otras palabras, “Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan artilugios jurídicos [...] con los conflictos que genera aplicar normativas pensadas para resolver otro tipo de situaciones fácticas y jurídicas” (Bergel, 2015).

### **VIII. Conclusiones**

Estimamos que la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba resulta enriquecedora del debate existente en torno a la gestación por sustitución, debido a que pone de resalto dos cuestiones que deben tenerse especialmente en cuenta al momento de resolver un pedido de autorización judicial: 1) Las vulnerabilidades que pueden afectar a la persona gestante y que atraviesan la decisión de subrogar, y 2) Que se trata de una decisión que no involucra sólo a la tríada comitentes – gestante, sino que tiene efectos expansivos hacia la familia de la gestante, sobre todo hacia sus hijos/as menores de edad.

Estimamos que a la par de los derechos humanos de los comitentes, entre los que se encuentra el derecho a formar una familia, se erigen los derechos de la persona gestante y de su familia. Pues, como bien remarca la jueza, “como cualquier derecho no es absoluto, y existen circunstancias o condiciones que necesariamente deben cumplirse a fin de que este procedimiento pueda ser legítimo y autorizado”.

Eso impone a la judicatura el deber de analizar minuciosamente que no existan vicios en la manifestación de voluntad de la gestante, y que el consentimiento que preste para su realización sea realmente informado.

---

### **Referencias bibliográficas**

- Bergel, S. D., Flah, L. R., Herrera, M., Lamm, E., Wierzba, S. M., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.
- Herrera, M. (Ed.). (2018). *Técnicas de reproducción humana asistida (Tomo II)*. Rubinzal-Culzoni.
- Lloveras, N., Orlandi, O., Faraoni, F., & Verplaetse, S. (2017). *Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba. Comentado – Concordado (Tomo I)*. Jurídica Mediterránea.
- Lorenzetti, R. L. (Ed.). (2020). *Código Civil y Comercial explicado: Doctrina-jurisprudencia. Derecho de Familia*. Arts. 401 a 593. Rubinzal-Culzoni.
- Squizzato, S. M., & Muzio, F. M. (2024). *Gestación por sustitución*. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, 83-94.
- Sosa, M. M. (2015). *El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial*. <https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/biblioteca/publicaciones-juridicas-biblioteca/pdf/2015/roljuezprocesoflia.pdf>