



**TRABAJO FINAL DE GRADO**  
**NOTA A FALLO**

**Gestación por sustitución: Un fallo que *aturde* el derecho de los niños y la voluntad procreacional**

**Alumno: Emanuel Elio Hernán Ríos (Legajo N° VABG 109331)**

**DNI: 27.718.988**

**Docente: Joaquín López Viñals**

**Línea temática estratégica: Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad**

**Fecha de entrega: 29-06-25**

**Universidad Siglo 21**

**Sumario:** 1. Introducción. 1.1. Cuestionamiento Jurídico del Artículo 562 del Código. 1.2. El Caso Concreto. 1.3. Problemas lógicos de los sistemas normativos. - 2. Los hechos. - 3. Historia procesal: el *derrotero* judicial. - 4. La razón de decisión. 4.1. Las posturas de los Ministros. - 5. Análisis conceptual: doctrina y jurisprudencia. 5.1. La voluntad procreacional desde el principio de igualdad y no discriminación. 5.2. La jurisprudencia regula la laguna normativa. 5.3. Perspectiva de salida. - 6. Conclusiones. - 7. Referencias Bibliográficas. -

## 1. Introducción

El presente trabajo propone un abordaje, desde el campo del derecho, sobre el estado de situación (*de vulnerabilidad jurídica*) de los niños nacidos a través de la técnica de gestación por sustitución. El universo de la niñez es uno de los grupos que consagra la Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 23, respecto a garantizar la igualdad real de trato y de oportunidades. En la misma dirección, en cuanto a la necesidad de una protección diferenciada y una tutela judicial efectiva, surge el concepto de las personas en condiciones de vulnerabilidad en los artículos 3 y 4 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”. Para el propósito enunciado se focalizará en el análisis del fallo “Recursos de hecho deducidos por C.L.A. en la causa 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'; y por I.N.S. y L.G.P. en la causa CIV 86767/2015/2/RH2 'S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación’”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), dictado en fecha 22 de octubre de 2024.

### *1.1. Cuestionamiento Jurídico del Artículo 562 del Código*

El fallo en cuestión expone la inconsistencia normativa del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en relación con temas de suma trascendencia y sensibilidad social como son la institución familiar, la filiación, la voluntad procreacional, el derecho a la identidad y la gestación por sustitución, entre otros tantos. Evidencia la *ausencia* de legislación que regule la gestación por subrogación. El artículo 562 del CCCN contempla los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) de manera

genérica, pero no atiende la *especificidad* de los casos de niños nacidos a través de la gestación subrogada. Como señala Basset (2016, p. 2), “la determinación de la filiación es uno de los mayores desafíos del derecho, en especial, del derecho contemporáneo, cuyas reglas ponen en crisis una serie de asunciones y paradigmas. Es que, la filiación humana es un hecho complejo”. La autora referenciada ahonda en su definición y puntualiza sobre la complejidad del tema en cuestión que “a diferencia de todas las demás especies, la filiación humana tiene que ser dicha y es un fenómeno social, oponible a otros a través de un emplazamiento jurídico del que llevan cuenta registros estatales” (Basset, 2016, p. 2).

### 1.2. *El Caso Concreto*

Un matrimonio igualitario, conformado por varones, solicitó la impugnación de filiación y el desplazamiento del estado de madre de la persona que dio a luz al niño, nacido a través de gestación por subrogación. La accionada se allanó a la petición, ya que su voluntad no era ser madre. El juez de 1° instancia dio lugar a la demanda. En 2° instancia, la Cámara revocó la decisión. Entonces, los actores y la demandada interpusieron recurso y la CSJN confirmó la decisión de la Cámara.

Medina y Flores (2024, p.1), al momento de analizar la decisión de la Corte, sostuvieron que se trata de “un fallo trascendental en materia de gestación por sustitución, abordando una compleja situación que pone de manifiesto las tensiones entre los avances científicos en materia de reproducción asistida, los derechos fundamentales y la legislación vigente”.

### 1.3. *Problemas lógicos de los sistemas normativos*

Martínez Zorilla (2010, p. 99) establece que “desde el punto de vista lógico-formal, de los sistemas normativos son predicables las tres propiedades siguientes: *consistencia, plenitud e independencia*”. De manera tal que, ante la ausencia de alguna de las propiedades señaladas, surge un problema jurídico. El rasgo de los sistemas normativos que se pretende destacar a los fines del desarrollo del presente trabajo es el de plenitud. En ese sentido, el autor citado especifica que el carácter de plenitud de un sistema normativo se relaciona con el ofrecimiento de una solución para todos los casos. Que “si algún caso no está correlacionado con solución alguna por parte de las normas del sistema (ninguna norma da respuesta al

caso), entonces existe lo que se conoce como laguna normativa” (Martínez Zorrilla, 2010, p. 99).

El problema jurídico que se suscita en el caso bajo análisis se vincula con un problema lógico y en particular con el rasgo de laguna normativa. En los términos de Alchourrón y Bulygin (1987, p. 41) “cuando en la línea correspondiente a un caso no aparece ninguna solución, se dirá que ese caso es una *laguna* (normativa). Un sistema normativo es *incompleto* si, y sólo si, tiene por lo menos una laguna. Un sistema que no tiene lagunas es *completo*” (el destacado pertenece a los autores citados).

Siguiendo el razonamiento planteado por Alchourrón y Bulygin (1987, p. 47), aplicado al presente fallo, se podría esgrimir que los *artículos 558 y 562 del CCCN* no contemplan ciertos casos (gestación por subrogación) de manera que tal que el sistema formado por esos dos artículos contiene una *laguna normativa*. El artículo 558 incluye de manera genérica las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de la filiación, sin embargo, nada dice específicamente respecto a la gestación por subrogación. A su vez, el artículo 562 prescribe, respecto a la voluntad procreacional a través de las TRHA, que es madre quien dio a luz, pero no contempla el supuesto de la gestación por sustitución (cuando no hay voluntad maternal y sólo se *ayuda* a otros a tener hijos). Martínez Zorrilla (2010, p. 107), por su parte, al definir la plenitud de un sistema normativo, traza una comparación entre las antinomias (contradicciones normativas) y las lagunas. Y subraya que “son problemas importantes de los sistemas jurídicos (o normativos en general)” porque no ofrecen una determinada una respuesta jurídica a un caso, provocando un *vacío legal* (destacado del autor referenciado).

En las siguientes líneas, el itinerario propuesto transitará por una descripción sintética de la plataforma fáctica del caso, brindará precisiones sobre la historia procesal y el camino jurídico hasta llegar a la Corte. Para, luego, analizar la razón de decisión del máximo tribunal del nuestro país.

## **2. Los hechos**

Se trata del primer caso en el país en el que dos hombres homosexuales (L. G. P. e I. N. S.) se convirtieron en papás gracias al vientre de una amiga (C. L. A.) y gestaron a J. P. S., por medio de un tratamiento de fertilización asistida. Según se puede reconstruir, a través de

la nota periodística firmada por Gioberchio, G. (2015), todo el proceso se desarrolló en nuestro país (a diferencia de otros casos, en los cuales las parejas contratan un vientre en el exterior), en una clínica de la Ciudad de Buenos Aires. Con espermatozoides aportados por los dos integrantes de la pareja, un óvulo donado, la ayuda desinteresada de C. L. A. y la técnica de ovodonación, el sueño procreacional de I. N. S. y L. G. P. se convirtió en realidad.

Sin embargo, al momento de la inscripción del nacimiento de J.P.S. surgió el inconveniente jurídico, debido a que la legislación argentina sostiene que es madre quien da a luz (artículo 562 del CCCN) y que no se puede tener más de dos vínculos filiales (artículo 558 del CCCN). Frente a esa *encerrona* normativa (léase problema lógico de laguna normativa), L.G.P. e I.N.S. iniciaron una demanda de impugnación de filiación contra C.L.A. para que se la desplace del estado de madre y se proceda a inscribir al niño en una partida en la que conste que sus dos papás son sus progenitores.

### **3. Historia procesal: el *derrotero* judicial**

Los actores (L. G. P. e I. N. S.) interpusieron demanda de impugnación de filiación contra la gestante (C. L. A.) en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 81 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Basaron su pedido en el artículo 560 y concordantes del CCCN, la Constitución Nacional en sus artículos 14, 19 y 75 inc. 22, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (artículos 3, 7, 11 y siguientes), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 17 y 19) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3, 7, 8 inc. 1). La demandada se allanó a la pretensión de los actores y la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda. En consecuencia, la magistrada sentenció que J. P. S. es hijo de los actores. Pero el Ministerio Público Fiscal apeló (la Defensora de Menores de Cámara también adhirió a la posición de la fiscalía) y la causa se elevó a la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

En segunda instancia, la Cámara revocó el fallo de la primera y con votos concurrentes decidió rechazar la demanda. Consideraron que no había vacío legal que justificara la resolución del caso en base al artículo 19 de la Constitución. Dos de los jueces fundaron su sentencia en el artículo 562 del CCCN, respecto a que los nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que prestó

su consentimiento de manera libre e informada. Por su parte, el restante magistrado sostuvo que no se habían acreditado de manera correcta los consentimientos informados, de acuerdo con la normativa que regula las THRA, y falló en la misma línea que los anteriores. Ante la resolución de la alzada, los actores y la demandada interpusieron sendos recursos federales extraordinarios que fueron denegados y llegaron a la CSJN vía recurso de queja.

#### 4. La razón de decisión

El máximo tribunal de nuestro país decidió parcialmente admisibles las quejas y los recursos extraordinarios, y confirmó, por mayoría, la sentencia de Cámara. Sostuvo en su argumentación que el artículo 562 resulta aplicable al caso y que “no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional”. No sin antes dejar expresado, en el considerando 12° que “lo problemático en la presente causa es que la legislación parece resultar inconciliable con cualquiera de las hipótesis asignables a la expresión ‘voluntad procreacional’” (el destacado no me pertenece). Resulta, entonces, que la Corte estableció, por un lado, que no hay vacío legal (laguna normativa). Ahora bien, por otro lado, señaló que el sistema normativo vigente es “inconciliable” con la voluntad procreacional puesta de manifiesta por el caso en estudio.

La CSJN reconoció que la técnica de gestación por subrogación no tiene una reglamentación específica en la normativa argentina. Pero consideró que, en los supuestos de nacimientos por TRHA, los artículos 558 y 562 son de aplicación para determinar la filiación, por tratarse de normas de orden público y, por lo tanto, indisponibles para un acuerdo de las partes. En esa dirección, afirmó que la pretensión coincidente de los actores y la demandada “contradice el orden jurídico vigente”.

A su vez, la Corte expuso que la decisión adoptada en el caso “no resulta discriminatoria de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho de igualdad de los actores, ya que no evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas”. La pregunta es, ¿cómo se *concilia* la voluntad procreacional de los padres homosexuales de J. P. S. ante la ausencia de regulación en la legislación argentina de la técnica de gestación por sustitución?

#### 4.1. Las posturas de los Ministros

En el recorrido por los votos individuales de los jueces, se puede destacar la argumentación de Lorenzetti, quien subrayó que el artículo 562 es aplicable al caso y en el considerando 9° postuló “que no cabe afirmar que hay un vacío legal porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho”. Sin embargo, refirió que el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora contenía una regulación específica para la gestación por sustitución, pero que fue eliminada por el Congreso de la Nación. Lo que evidencia que *hoy* no hay regulación específica, sí una norma genérica para los nacimientos por TRHA, pero que no atiende al planteo concreto sobre gestación por subrogación de los actores y la demandada.

Lorenzetti realizó también un análisis de las consecuencias del fallo. Expuso que “hay un problema social y legal, porque, por un lado, dicha técnica reproductiva es practicada hace varios años en nuestro país, y, por el otro, se producen efectos jurídicos que ponen en tensión principios y valores muy importantes”. Problemática que continúa con un *final abierto*, sin encontrar una respuesta que se ajuste a la demanda de los justiciables.

Por su parte, Rosenkratz (voto en mayoría, al igual que Lorenzetti) planteó que la situación respecto a la falta de regulación de los casos de nacimientos por gestación por subrogación ha generado fallos diversos que provocan “inseguridad jurídica”. Es decir, hay un claro reconocimiento sobre la laguna normativa en la especificidad de la técnica de gestación por sustitución.

Maqueda, en tanto, votó en minoría y fundó su posición en el hecho que la gestación por sustitución no está prohibida en el ordenamiento jurídico argentino y que “la elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado”, y agregó en la misma dirección que “corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia”. Maqueda concluyó que, en atención al interés superior del niño, la realidad socio afectiva de J. P. S., la voluntad procreacional de los demandantes y hasta tanto haya normativa específica (reconociendo de esta manera el vacío legal), de las opciones posibles la que mejor interpela el principio de protección del niño es la inscripción de la

copaternidad solicitada por los actores y el desplazamiento del estado de madre de la demandada.

Más allá de la disidencia formulada por Maqueda (valorada aquí positivamente), lo que sí se expresó por unanimidad ha sido la necesidad de remitir el fallo al Poder Legislativo. Aunque con *matices* muy delineados. Mientras la mayoría (Rosatti, Rosenkratz y Lorenzetti) lo hizo a los fines que estime corresponder el Congreso, Maqueda exhortó al Poder en cuestión que cuanto antes subsane la falta de regulación específica de la técnica de gestación por sustitución.

Sistema normativo “inconciliable” con la voluntad procreacional planteada en el caso, “problema social y legal”, “inseguridad jurídica” o “falta de legislación en la materia”, diferentes formas de referenciar el problema jurídico por parte de los jueces de la Corte, pero todas en el mismo sentido: reconocer el vacío legal (laguna normativa) ante la ausencia de regulación específica en torno a la gestación por sustitución. Reconocimiento implícito en la mayoría, explícito en el caso de Maqueda.

## **5. Análisis conceptual: doctrina y jurisprudencia**

### *5.1. La voluntad procreacional desde el principio de igualdad y no discriminación*

En el fallo bajo análisis, una de las cuestiones medulares es la voluntad procreacional, el deseo de ser padres de L. G. P. e I. N. S., el derecho a formar una familia. Así como también, es central el derecho a la identidad de J. P. S., sustentado en el interés superior del niño. Y cómo la técnica de gestación por sustitución surge como la opción posible para que un matrimonio igualitario lleve adelante su proyecto de familia. Lamm (2012, p. 8), en la enumeración argumental que desarrolla respecto a los doctrinarios que tienen una postura a favor de la gestación por subrogación, destaca que “se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio”. A su vez, la postura mayoritaria de la Corte resaltó que no había desigualdad ni discriminación en la decisión adoptada. Sin embargo, quedó *flotando* una sensación de tutela diferenciada.

En la misma sintonía, el supremo tribunal (en su posición predominante) señaló que la figura de la adopción integral era una opción posible para los padres. Ahora bien, Lamm (2012, p. 9) manifiesta que respecto a la adopción “no es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros”. Contundente.

Desde la jurisprudencia, el magistrado De la Torre (en la provincia de San Juan), en la argumentación de su fallo de octubre de 2021 (Expediente N° 89602, caratulado "N.M.E., L.M.D. Y N.M.C. S/ Autorización Judicial") indicó que, plantear la opción de la adopción para los comitentes que solicitan una autorización para la gestación por sustitución para convertirse en progenitores, sería ir en contra de un derecho humano de jerarquía constitucional (como “el derecho a formar una familia a través del proyecto de vida libremente elegido”) y que “resultaría también contrario al orden normativo internacional toda vez que ello importaría imponerles un modo de ser progenitores que no han elegido libremente”. Y fue más allá con su posición para afirmar que “no puede tolerarse una intromisión tal en la vida privada, mucho menos de parte de los organismos del Estado, como lo es la autoridad judicial llamada a resolver la particular petición de las partes”. De la Torre autorizó a la pareja (ella ya tenía un hijo, pero no podía llevar adelante un nuevo embarazo porque le habían extirpado el útero) y a la gestante (hermana de la mujer comitente) a realizar la gestación por sustitución con la utilización de espermatozoides y óvulos de los comitentes.

En otro fallo, en este caso en la provincia de Córdoba, la jueza Mignon (en su sentencia de junio de 2023, si bien no otorgó la autorización solicitada por los comitentes, porque “la persona gestante no cumple con las condiciones de base para habilitar el tránsito de un embarazo y posterior parto”) consideró, al expedirse en relación con la gestación por sustitución, que, a pesar de no estar regulado, el instituto “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”. La misma jueza, en el fallo “Expediente N° XXX - W., B. – C., L. E. - R. T., D. S. - Solicita Homologación - Ley 10.305”, exhortó al Poder Legislativo (en consonancia con la decisión posterior de la CSJN) a regular la gestación por sustitución y “lograr la superación de las dificultades que el vacío legal provoca, siendo endeble los

criterios de determinadas praxis sociales y en post de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables”.

El texto del proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, en su artículo 562 (más allá de haber sido suprimido luego por la Comisión Bicameral), ha funcionado como faro para muchos jueces a la hora fundar una decisión respecto a la gestación por sustitución. En relación con la cuestión orientativa del proyecto de reforma, un fallo pionero ha sido el dictado en 2013 en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el análisis que traza la doctrina respecto a la sentencia, Borrajo (2017), expuso que “la sentencia valora fundamentalmente la correspondencia biológica que existe entre peticionantes y nacida, sumado a la llamada ‘voluntad procreacional’” (el destacado no me pertenece). De modo tal, que la decisión se funda en el texto del proyecto de reforma (en un contexto en el cual todavía seguía vigente el Código de Vélez) que, sin embargo, luego sería suprimido (en lo que aquí interesa) en cuanto al artículo 562. “El fallo acertadamente prioriza la filiación real por sobre la que derivaría de una interpretación estricta de un artículo que –en aquel contexto– aparecía debilitado por el (supuestamente) inminente acceso a la práctica”, afirmó Borrajo (2017).

En sentido inverso, la doctrina contraria a la gestación por sustitución ha sostenido argumentos moralistas, entre tantos otros, para rechazar la técnica de gestación por subrogación. Lafferriere (2018, p. 7), desde una posición conservadora y *rancia*, criticando jurisprudencia en relación al fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de CABA (que revocó el rechazo al amparo colectivo dispuesto en primera instancia y dio lugar a la medida cautelar impulsada por la Defensoría del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans –FALGBT-), postuló que “es un acto cuyo objeto es contrario a la moral y las buenas costumbres”, en referencia a la gestación por sustitución y vinculándolo con el artículo 279 del CCCN (objeto del acto jurídico). Y, profundizando su planteo contrario a la gestación por sustitución, apuntó que “cosifica al niño que es considerado como un objeto a ser entregado luego de su nacimiento”. El fallo de la Cámara había ordenado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Buenos Aires que inscriba provisionalmente a los niños nacidos a través de TRHA (por medio de gestación por sustitución) a favor de los comitentes con voluntad

procreacional sin emplazar como progenitora a la gestante que previamente expresó su deseo de no ser madre.

Por su parte, el juez de Cámara, Balbín, en el fallo citado en el párrafo precedente, sostuvo para justificar la pretensión de los actores (Defensoría del Pueblo y FALGBT) que “en esencia, es el derecho a la igualdad y a la no discriminación en tanto no es posible realizar la inscripción en el Registro de modo que refleje adecuadamente el cuadro familiar y los vínculos que le sirven de apoyo”. Argumento que se vincula nítidamente con el caso bajo estudio, en el cual la decisión en mayoría de la Corte no se ajusta a la historia familiar de J. P. S. (no hay que perder de vista que, al momento del fallo del año pasado, el niño ya había cumplido nueve años).

### 5.2. *La jurisprudencia regula la laguna normativa*

En el recorrido por diversos fallos en distintos lugares del país, se detecta con claridad que el vacío legal es cubierto por el aporte jurisprudencial. Deangeli, Montenegro y Santolín (2023, p.98), en un trabajo de análisis de los fallos de Córdoba en particular, argumentan, respecto a la ausencia de regulación normativa de la gestación por sustitución, que los tribunales advertidos de la situación de desprotección de las personas para el ejercicio pleno de sus derechos, “enfatan la importancia de la labor judicial en tanto instancia que habilita la efectivización de tales derechos”. Y destacan las autoras que “el principio de reserva y legalidad constituyen verdaderos cimientos en los que se edifica la argumentación jurisprudencial”. Deangeli, Montenegro y Santolín produjeron su trabajo sobre gestación por sustitución en relación con el corpus de las sentencias de tribunales cordobeses durante el período 2015-2022.

En la misma perspectiva, Di Lorenzi y Nicosia (2022, p. 105) expresan que “mucho tinta ha corrido sobre la falta de recepción normativa de ciertas figuras propuestas por la comisión reformadora, tales como la gestación por sustitución (...). Esta decisión de política legislativa ha hecho que tales supuestos queden relegados a una situación de *alegalidad*” (el destacado no me pertenece). Alegalidad es un término acuñado por Di Lorenzi para definir una situación que no está regulada, pero que al mismo tiempo tampoco está prohibida.

El voto en disidencia de Maqueda hace referencia al impacto de la socio afectividad familiar y puntualiza que “corresponde registrar los vínculos filiales del niño que se

corresponden con la realidad socioafectiva estable en la que se encuentra inmerso” J. P. S. En ese sentido, Di Lorenzi y Nicosia (2022, p. 108) señalan que el derecho “debió *aggiornarse* para brindar un marco normativo que reconozca y ofrezca una adecuada protección a estos lazos. La versatilidad familiar viene, de este modo, a sacudir la rigidez de las normas y a flexibilizar las respuestas legales”. Cómo tutelar entonces los derechos de los niños y de los progenitores que han afirmado su voluntad procreacional, libre e informada. Di Lorenzi y Nicosia (2022, pp. 125-126) refieren, con sustento en el análisis jurisprudencial que realizan, que “se valora que el emplazamiento debe recaer en las personas que fueron y son responsables directa y efectivamente de su crianza, educación y sostenimiento. Estas circunstancias hacen al interés superior, complementándose con su derecho a la identidad”. Respecto al aporte de los tribunales, las autoras manifiestan que “la jurisprudencia ha seguido una línea clara en el sentido de preservar los vínculos afectivos brindando reconocimiento a la socio afectividad”.

Asimismo, cómo juega el rol de la mujer gestante que manifiesta claramente su *voluntad* de no ser madre. Respecto a ello, la jueza Dumpé aporta en su fallo del 6 de julio de 2017 ("Reservado S/ Autorización Judicial (f)", Expte N° 0260/17/J7 Viedma, Río Negro) una definición sobre la mujer gestante diferenciándola del concepto de madre. En el presente, la decisión de ser madre puede coincidir o no con la de gestante. “El término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quién no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético”. Se destaca nuevamente el factor socio afectivo. Dumpé agrega, con relación a cuando la mujer gestante no tiene voluntad procreacional ni vínculo genético o amor filial y se pretende confundir los términos o equipararlos, que no se está frente a una confusión conceptual, sino que “responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante”.

### 5.3. *Perspectiva de salida*

Tras el fallo de la Corte que motoriza el análisis en el presente trabajo, la jurisprudencia ha debido “*acatar*” el lineamiento trazado por el máximo tribunal. La jueza Bojanich en un fallo reciente (de marzo de 2025 en: “F., M.R.M. y Otros S/ Medida

Autosatisfactiva”) destacó que “no resulta posible soslayar la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sistema argentino o el principio del *stare decisis*”, en alusión a la doctrina del precedente obligatorio.

Por dónde vislumbrar, entonces, una salida a la *encerrona* normativa (reitero, problema lógico de laguna normativa). El voto de Maqueda puede erigirse como una *vía* posible. Gil Domínguez y Herrera (2024, p. 6) han planteado que “la disidencia de Maqueda lleva adelante un razonamiento integral y sistémico cuyo entramado argumental ejerce el debido control de convencionalidad interno judicial (...) en sincronía con los derechos fundamentales al momento de interpretar las normas del Código Civil y Comercial” haciendo referencia a los primeros tres artículos del cuerpo normativo. Y subrayan que su voto en minoría es el único que, entre otras cuestiones, “evita solidificar situaciones de discriminación con motivo u ocasión del género o basada en la condición física de la persona”.

Desde el plano cuantitativo, la jurisprudencia también respalda a Maqueda en su voto en minoría. Según plasman Domínguez y Herrera (2024, p. 8), en un relevamiento que describen en su trabajo, hay 82 casos sobre gestación por sustitución que llegaron a la justicia desde el 2013 hasta el fallo de la Corte de 2024. Se generaron 89 fallos (en pocos casos se produjeron sentencias en más de una instancia), de los cuales una amplia mayoría tuvo sentencia favorable a la gestación por sustitución: 75 casos (el 91,5 por ciento, en tanto que 4 casos se resolvieron de manera negativa y 3 están para dictarse sentencia en la Corte). Los autores otorgan una relevancia central, para la jurisprudencia y para estrategias judiciales futuras, al voto de Maqueda: “no solo respeta, sino que amplía el acceso a derechos como el de conformar una familia, a vivir sin discriminación por la orientación sexual o condición física y beneficiarse de los avances científicos en materia de reproducción humana asistida”. Por ende, queda de manifiesto que el aporte de Maqueda puede resultar un horizonte alentador para los justiciables.

## 6. Conclusiones

El voto en mayoría de la CSJN *niega* la historia y la realidad socio afectiva que desarrolla J. P.S. desde hace casi 10 años. Imponerles a sus padres la opción de la adopción (artículo 630 del CCCN), es imponerles un proyecto de familia que no es el que eligieron

libremente. Es *desconocer* la voluntad procreacional a través de la cual llegó a este mundo J. P. S. En consecuencia, el fallo se convierte en una *intromisión* flagrante del Estado a través del Poder Judicial en la formación de una familia. La norma (el *discutido* artículo 562 del CCCN) termina habilitando una filiación basada en una *voluntad gestacional* pero no en una *voluntad procreacional*, siendo que supuestamente es ésta última voluntad la que se legisla.

Al no legislarse la gestación por sustitución, se están *desoyendo* mandatos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos. Sólo a los efectos de mencionar tres de los más representativos, el artículo 14 de la Constitución, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de regulación expone a niños, progenitores y gestantes a situaciones de discriminación y, fundamentalmente, atenta contra el interés superior del niño.

La resistencia de sectores conservadores (que *anidan* en los tres poderes del estado) y los poderes fácticos (no institucionalizados), aquellos no visibles, pero con fuerza suficiente como para obturar la regulación (hace más de una década) y frenar hoy el avance de una normativa acorde a los modelos de familias que se construyen en la actualidad, podrían explicar la ausencia de legislación que regule la gestación por sustitución. Ha pasado ya en otros temas como el divorcio, el matrimonio igualitario o el debate más reciente sobre el aborto. La Corte, en su voto en mayoría, expresó que en temas trascendentes de familia “primero estuvo el fallo y luego la ley”, (citando ejemplos como las causas “Sejean” y “FAL”). Aquí, se perdió una oportunidad histórica para revertir el vacío legal.

De manera tal que resulta ineludible la obligación de legislar la gestación por sustitución y tutelar de manera efectiva el interés superior de los niños nacidos y por nacer, a través de la técnica analizada en el presente trabajo. Una legislación con una mirada amplia, no restrictiva de derechos humanos, que garantice la diversidad de los proyectos de familias que se construyen en la sociedad actual, y que, en definitiva, recupere los lineamientos medulares de la propuesta del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (2012). Esto es, un proceso en el que todas las partes involucradas en la gestación por sustitución prestan su consentimiento previo, libre e informado y, posteriormente, es homologado judicialmente. Asimismo, ha quedado en evidencia que, más allá de la decisión del voto en mayoría de la Corte en el fallo que se comenta, la jurisprudencia ha suplido la falta de regulación específica y ha otorgado sentencias ampliamente favorables a la gestación por

sustitución. Es momento, entonces, de la legislación y dejar atrás el problema lógico de laguna normativa. -

## 7. Referencias Bibliográficas

- 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad (2008). XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-ia-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>
- Alchourrón, C y Bulygin, E. (1976). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Basset, U. (2016). Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? *Revista La Ley*. Id SAIJ: DACF160481.
- Borrajo, M. E. (2017). Argentina: primer fallo que reconoce efectos a la gestación por sustitución. Buenos Aires. Editores Fondo Editorial. IJ-CCCXLIV-840
- Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017). EXP A1861/2017-0 “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo”. Buenos Aires. <https://www.saij.gov.ar/camara-apel-cont-adm-trib-ciudad-aut-bs-as-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-defensor-pueblo-ciudad-autonoma-buenos-aires-otros-contra-gcba-otros-sobre-amparo-fa17370029-2017-08-04/123456789-920-0737-1ots-eupmocsollaf?>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2024). “Recursos de hecho deducidos por C.L.A. en la causa 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'; y por I.N.S. y L.G.P. en la causa CIV 86767/2015/2/RH2 'S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación’”. Buenos Aires. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8027721>
- Deangeli M., Montenegro, C. y Santolín, L. (2023). Gestación por sustitución: un vacío legal cubierto por la labor jurisprudencial. Análisis de resoluciones dictadas por tribunales cordobeses (2015-2022). *Revista Argumentos*, Núm. 16/2023, pp. 88-109. Córdoba. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez

- Deangeli, M., Nieve Bensabath, C. y Orlandi, O. (2024). Autodeterminación y vulnerabilidad - Tensiones en el abordaje de la gestación por sustitución. Buenos Aires. *Rubinzal Culzoni*. RC D 633/2024
- Di Lorenzi, M. y Nicosia, M. (2022). Socio afectividad familiar e interés superior de niñas/os y adolescentes. Entrelazando afectos y derechos. *Revista Argumentos*, Núm. 15/2022, pp. 100-130. Córdoba. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez
- Gil Domínguez, A. y Herrera, M. (2024). Gestación por sustitución: Un voto en minoría que proyecta el futuro judicial desde el prisma constituvencional. Buenos Aires. *Rubinzal Culzoni*. RC D 594/2024
- Gioberchio, G. (20 de junio de 2015). Por primera vez en el país, dos hombres tuvieron un hijo con un vientre prestado. *Clarín*. [https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-vientre-prestado-ovodonacion-halitus\\_0\\_B1WuOwYDXl.html](https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-vientre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXl.html)
- Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Río Negro (2017). Expte. N° 0260/17/J7 “Reservado S/ Autorización Judicial (f)”. Viedma. <https://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-nro-7-local-rio-negro-reservado-autorizacion-judicial-fa17050000-2017-07-06/123456789-000-0507-1ots-eupmocsollaf?>
- Juzgado de Familia de San Juan (2021). EXPTE. N° 89602 caratulado "N.M.E., L.M.D. Y N.M.C. S/ Autorización Judicial". San Juan. <https://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-local-san-juan-nme-lmd-nmc-autorizacion-judicial-fa21289002-2021-10-15/123456789-200-9821-2ots-eupmocsollaf?>
- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Primera Nominación Córdoba (2023). “Expediente N° XXX - W., B. – C., L. E. - R. T., D. S. - Solicita Homologación - Ley 10.305”. Córdoba. <https://www.saij.gob.ar/juzgado-1ra-inst-civil-com-familia-1ra-nom-local-cordoba-solicita-homologacion-ley-10305-fa23160049-2023-06-07/123456789-940-0613-2ots-eupmocsollaf?>
- Juzgado Unipersonal de Familia N° 9 de Rosario, Santa Fe (2025). “F., M.R.M. y Otros S/ Medida Autosatisfactiva”. Rosario. <https://www.saij.gob.ar/juzgado-unipersonal-familia-nro-9-local-santa-fe-mrm-otros-medida-autosatisfactiva-fa25099002-2025-03-07/123456789-200-9905-2ots-eupmocsollaf?>

- Lafferriere, J. (2018). Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva. Buenos Aires. *Revista La Ley*. Id SAIJ: DACF190079.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Barcelona. InDret. Revista para el Análisis del Derecho.
- Lamm, E. (2015). Gestación por sustitución. Realidad que exige legalidad. *En XXV Jornadas Nacional de Derecho Civil*. Bahía Blanca. Universidad Nacional del Sur.
- Ley N° 23.849 (1990). Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires. Id SAIJ: LNT0003628  
<https://www.saij.gov.ar/23849-nacional-aprobacion-convencion-sobre-derechos-nino-lnt0003628-1990-09-27/123456789-0abc-defg-g82-63000tcanyel?q=%28numero-norma%3A23849%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=2>
- Ley N° 26.061 (2005). Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Buenos Aires. Id SAIJ: LNS0004968  
<https://www.saij.gov.ar/26061-nacional-ley-proteccion-integral-derechos-ninas-ninos-adolescentes-lns0004968-2005-09-28/123456789-0abc-defg-g86-94000scanyel?q=%28numero-norma%3A26061%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1>
- Martínez Zorrilla, D. (2010). Metodología Jurídica y Argumentación. Madrid. Marcial Pons.
- Medina, G. y Flores Medina, P. (2024). La gestación por sustitución en Argentina: Análisis del fallo de la CSJN en el caso "S., I. N. c/ A., C. L.". Buenos Aires. *Rubinzal Culzoni*. RC D 593/2024.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012). Buenos Aires. Infojus. ISBN: 978-978-28449-0-5. Id SAIJ: LD00003