

Título: Interés superior del niño y perspectiva de género(s). Algunos retos del derecho filial contemporáneo

Autores: de la Torre, Natalia - Silva, Sabrina A.

Publicado en: RDF 2022-I, 07/02/2022, 294

Cita: TR LALEY AR/DOC/3637/2021

Sumario: I. Introducción.— II. Repensando los límites de la filiación biológica: pluriparentalidad en familias poliamorosas.— III. La función judicial ante los "acuerdos de subrogación".— IV. Breves palabras de cierre.

(\*)

## I. Introducción

Una vez más, nos convoca a la reflexión la doble función que puede —o debe— asumir el derecho frente a una realidad bien diversa e inquieta: escuchar el avance social y, al mismo tiempo, actuar como un agente que anima e induce los avances necesarios. En lo que al derecho de las familias respecta, se trata de consolidar enfoques a tono con las continuidades y discontinuidades que derivan de cuestionar a la naturaleza —o lo que se entiende por ella— como pieza fundacional de la familia; para virar hacia un entendimiento más humano, poroso y realista en el que la molécula de las familias es la historia.

Va de suyo: situar a las familias como instituciones no espontáneas sino históricas, es decir, ligadas al desarrollo de las sociedades y modos culturales de organización social (1), deriva en una aceptación no menor: los modos de percibir, constituir y vivenciar los vínculos familiares se encuentran en permanente dinamismo y transformación; lo cual, a su vez, genera una multiplicidad cada vez mayor de connotaciones, biografías y trayectorias vitales. De ahí la resonada afirmación proveniente del derecho constitucional-convencional: no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege un modelo de aquella. En esa lógica es que el conocido pasaje del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural no signifique un mero salto terminológico, sino un esfuerzo más por acompañar la complejidad e interpelar al sistema jurídico de manera constante y sonante a la luz del plano social que dirime.

A nuestro entender, la pérdida del privilegio asignado a la naturaleza —o, al menos, la internalización de sus limitaciones— favoreció la construcción de un nuevo sistema de positividades más profundo y sensato, capaz de comprender y responder los conflictos jurídicos propios de la modernidad. ¿Cómo? A partir de identificar los elementos hoy estructurantes y estructurales de las familias: el afecto y la voluntad. Elementos estos que interactúan y se retroalimentan entre sí para resquebrajar aquella visión unívoca y perfeccionista de la familia que se asienta en la naturaleza —centrada en el matrimonio heterosexual monogámico, de estructura patriarcal, cuya procreación deriva del acto sexual—, visibilizando el despliegue incesante de nuevas formas de construir y transitar la vida en familia. Ocurre que mientras la voluntad refleja la capacidad de las personas de entablar acuerdos y generar compromisos recíprocos a partir de lazos basados en el afecto, es el afecto el que motoriza una inserción cada vez mayor de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar.

En esta oportunidad, nos interesa contribuir al debate y generación del conocimiento que origina el encuentro entre afecto y voluntad, con relación a un conjunto de normas cuyo impacto y significación resulta a las claras rimbombante: las asociadas a la determinación filial, o sea, aquellas que apuntan a resolver quién o quiénes deben ser considerados los progenitores de un niño. Pero no desde cualquier enfoque analítico, sino a la luz de dos principios modulares del enfoque de derechos humanos (2): el interés superior del niño y la perspectiva de género(3).

¿El disparador del análisis propuesto? La invitación a reseñar dos sentencias provenientes de la Suprema Corte de Columbia Británica de Canadá que colocan en el centro de la disputa dos problemáticas bien actuales y desafiantes para el sistema filial argentino: la primera, dictada el 23/04/2021, en la que se reconoce la triple filiación de una niña nacida por un acto sexual en el marco de una familia poliamorosa; la segunda, dictada el 30/06/2021, en la que se rechaza el pedido de comunicación entre una niña nacida por gestación por sustitución (GS) y la mujer que actuó como gestante.

## II. Repensando los límites de la filiación biológica: pluriparentalidad en familias poliamorosas

### II.1. Introito

El primer fallo que nos proponemos comentar de la Suprema Corte de la Columbia Británica, dictado el 23/04/2021, expone un conflicto contemporáneo del derecho de las familias también en nuestros lares; nos referimos a la puesta en crisis del principio binario, no solo en lo que se refiere a la constitución de vínculos filiales por fuera del número dos (art. 558, in fine, del Código Civil y Comercial, en adelante, Cód. Civ. (4), sino también a la posibilidad de constituir relaciones sexoafectivas trasvasando la noción de pareja y el sistema monogámico, es decir, conformando familias poliamorosas.

La excelente sentencia de la Corte canadiense nos interpela e invita a un enorme desafío: repensar el sistema normativo cobijando en los márgenes internos de la ley lo que Vasallo denomina redes afectivas: "Las redes afectivas no son un nuevo modelo a seguir, ni una contrapropuesta cerrada, sino un paraguas desde el que pensar el marco relacional y sus dinámicas" (5). Asimismo, nos enseña sobre el yerro de legislar sin advertir la multiplicidad y complejidad de situaciones que pueden dar lugar a familias pluriparentales.

## II.2. El caso canadiense: ¿pluriparentalidad solo en técnicas de reproducción humana asistida?

En primer lugar, comencemos por sintetizar la plataforma fáctica del fallo bajo comentario. Se trata de dos adultos, Bill y Eliza, que comienzan a convivir en la década del 2000. Tiempo después, en 2013, conocen a Olivia, y en 2016 inician una relación poliamorosa. En el año 2018 deciden lxs tres ser madres/padre de una niña mediante un acto sexual sin protección entre Bill y Eliza, es decir, sin utilizar técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). Producto de este acuerdo nace Clarke, quien, por aplicación de las reglas de la determinación de la filiación biológica, queda inscripto como hijo de Bill y Eliza, quedando Olivia excluida del significativo "madre" (legal).

En este escenario, y con el niño habiendo alcanzado los dos años y medio de edad, las tres personas adultas se presentan ante la justicia solicitando que Olivia sea reconocida legalmente como progenitora, planteando tres alternativas argumentativas para fundar su petición, a saber:

a) Que la justicia acceda a lo peticionado a través de una declaración de filiación conforme a la sección 31 de la Ley de Derecho de Familia (en adelante, FLA).

b) Que la justicia acceda a lo peticionado a través de una declaración de filiación conforme a la jurisdicción *parens patriae* reconocida en la sección 192[3] de la FLA.

c) Que la justicia acceda a lo peticionado declarando inconstitucional la sección 26 de la FLA.

La jueza hace lugar a la petición y ordena emplazar a Olivia como tercera progenitora del niño. Para ello, descarta los argumentos enmarcados en los puntos referenciados como a) y c), enmarcando el caso en una declaración *parens patriae*.

En relación con el primer planteo, es decir, la posibilidad de que la Corte, por aplicación de la sección 31, declare la filiación si hay una disputa o cualquier incertidumbre acerca de si una persona es o no progenitora en virtud de la Parte 3 de la FLA, conviene recordar que esta Parte 3, desde el año 2013 —y aquí está el nudo del problema—, contiene dos regímenes de filiación diferenciados, a saber:

1) Aplicable a niñxs nacidxs por acto sexual	Lxs progenitorxs son la madre de nacimiento del niñx y el "presunto" padre biológico. No se permite la triple filiación (sección 26).
2) Aplicable a niñxs nacidxs por TRHA	Se permite la triple filiación siempre que haya un acuerdo escrito previo a la concepción. El tercer progenitor puede ser el dador de gametos o la persona que subroga la gestación (sección 30).

Conforme a este encuadre, la magistrada descarta la posibilidad de declaración de la filiación por aplicación de la sección 31, puesto que considera que en el caso no existe disputa o incertidumbre respecto de la determinación de la filiación del niño nacido por acto sexual, en tanto sus progenitores biológicos son quienes figuran como tales: Bill y Eliza.

Descartada esta vía argumentativa como una solución adecuada a la plataforma fáctica planteada, la jueza concentra su atención en lo que considera la herramienta legal para incorporar a Olivia como la tercera progenitora de la niña: la jurisdicción *parens patriae*, es decir, la posibilidad de que la Corte salve un vacío legislativo.

En este camino, acertadamente, el fallo descarta como solución la propuesta del fiscal general —guarda sí, filiación no—, destaca los contornos diferenciados de las dos figuras y resalta: "Una declaración de filiación es también el reconocimiento simbólico de una relación padre-hijo", lo cual no debería ser minimizado. Agrega: "la diferencia clave entre la filiación y la guarda es que la filiación es inmutable: la relación entre un progenitor y su hijo no puede ser rota. Por consiguiente, hay diferencias prácticas y simbólicas entre la filiación y la guarda, por lo que la guarda no es un 'curalotodo' para Olivia".

Aclarada esta cuestión, la pregunta a resolver es si existe un vacío legal con relación a lxs niñxs concebidos a través de una relación sexual que tienen más de dos progenitores; o, más bien, si hubo una decisión legal

intencional de no habilitar la pluriparentalidad en la filiación biológica.

Para responder este interrogante, la magistrada realiza un análisis situado y teleológico de la reforma legislativa efectuada en el año 2013, concluyendo que el debate y las modificaciones efectuadas estuvieron únicamente concentrados en actualizar las reglas de determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA, no así sobre la filiación producto del acto sexual, razón por la cual existe un vacío legal: "La evidencia indica que la Legislatura no previó la posibilidad de que un niño pudiera ser concebido a través de una relación sexual y además, tuviera más de dos progenitores. Dicho sin rodeos, la Legislatura no contempló a las familias poliamorosas".

Para reparar este vacío, la jueza ejercita su jurisdicción *parens patriae* y declara a Olivia como progenitora legal del niño. Asimismo, son de destacar tres observaciones que realiza a lo largo de su argumentación: a) en contra de lo formulado por el fiscal general, descarta el razonamiento de la pendiente resbaladiza —la inquietud acerca de abrir compuertas para presentaciones futuras— con base en dos razones: la primera, que cada caso debe ser evaluado atendiendo a sus circunstancias particulares; la segunda, remarcando que no es habitual que las personas recurran a una declaración de filiación; por el contrario, lo habitual es que la justicia deba intervenir ante adultos que eluden sus responsabilidades en lugar de asumirlas; b) la decisión de emplazar a Olivia como tercera progenitora es la que mejor condice con y asegura el resguardo del interés superior del niño; y c) las tres personas adultas acuerdan respecto a la necesidad de que Olivia sea incluida en los registros como madre legal.

Resuelto el caso por esta vía, la jueza descarta la declaración de inconstitucionalidad de la sección 26, dejando abierta la posibilidad para que la Legislatura modifique la FLA receptando el reconocimiento de la filiación en familias poliamorosas también en el caso de niños nacidos por acto sexual.

II.3. ¿Solo en familias poliamorosas? Reflexiones a partir de la casuística de triple filiación en suelo argentino

Como dijéramos en otra oportunidad, si bien es cierto que la triple filiación comenzó a pensarse a partir del cruce entre TRHA o técnicas de inseminación casera (TIC) —es decir, sin intervención médica— y familias de la diversidad sexual —muestra de ello, la reforma de la FLA del derecho canadiense—, su campo subjetivo se ha amplificado en los últimos años, encontrándonos en la actualidad con reconocimientos jurisprudenciales de filiaciones tripartitas que comprometen a familias poliamorosas —como el caso canadiense—, a familias constituidas por parejas del mismo género o de distinto género y que tienen origen no solo en las TRHA, sino también en las otras dos causas-fuente filiales reconocidas en el derecho argentino: la adopción y la filiación biológica.

Al momento de escribir estas líneas, catorce son los casos de triple filiación que se han planteado en nuestros lares, cuatro de ellos en el marco de personas nacidas por acto sexual:

Juzgado y fecha	Síntesis del caso	Triple filiación de oficio o peticionada por la/s parte/s
1) JCiv. Familia y Sucesiones Única Nom. Monteros, 07/02/2020, "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación" [6]	- Niña de aproximadamente 9 años con doble vínculo filial —madre/padre—. - Progenitor biológico impugna la filiación paterna por no existir correspondencia genética biológica entre la niña y quien figura como padre legal, y reclama su emplazamiento en calidad de padre. - La magistrada lo emplaza sin desplazar, estableciendo una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica, declarando la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.	De oficio
2) CCiv. y Com. La Plata, Sala II, 15/07/2020, "F. F. c. C. J. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación" [7]	- Niño de aproximadamente 2 años con doble vínculo filial —madre/padre—. - Progenitor biológico interpone una acción de impugnación del	De oficio

	<p>reconocimiento por no existir correspondencia genética biológica entre el niño y quien figura como padre legal, y reclama su emplazamiento en calidad de padre.</p> <p>- La Cámara emplaza sin desplazar, estableciendo una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica, declarando la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.</p>	
<p>3) JCiv. Familia y Sucesiones de 5ª Nom. Tucumán, 04/06/2021, "G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ filiación" [8]</p>	<p>- Persona adulta con doble filiación inicia una acción de impugnación de su filiación paterna —impugnación de reconocimiento— que luego readecua, solicitando que se emplace al progenitor biológico sin desplazar a quien fuera su progenitor legal y socioafectivo.</p> <p>- Progenitor biológico y progenitor socioafectivo —legal— se allanan al requerimiento.</p> <p>- La magistrada hace lugar a la triple filiación socioafectiva-biológica, declarando la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.</p>	<p>Peticionada por el actor, acordada por las partes</p>
<p>4) JCiv. Personas y Familia 2ª Nom. Orán, 10/08/2021, "P., I. c. D., S. s/ impugnación de filiación" [9]</p>	<p>- Niño de aproximadamente 2 años con doble vínculo filial —madre/padre— y con madre fallecida.</p> <p>- Progenitor biológico impugna la filiación paterna por no existir correspondencia genética biológica entre el niño y quien figura como padre legal, y reclama su emplazamiento en calidad de padre. El progenitor legal reconviene peticionando el reconocimiento de la pluriparentalidad.</p> <p>- La magistrada hace lugar a la triple filiación socioafectiva-biológica, declarando la inaplicabilidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.</p>	<p>Peticionada por el demandado, acordada por las partes</p>

[\(6\)](#) [\(7\)](#) [\(8\)](#) [\(9\)](#)

La casuística reseñada, más las enseñanzas de la legislación y el caso canadiense bajo análisis nos permiten adelantar una serie de premisas a considerar para pensar y diseñar una propuesta de reforma legislativa futura que tenga por objeto receptor la posibilidad de que una persona tenga más de dos vínculos filiales:

a) La triple filiación o, en forma genérica, la pluriparentalidad es una realidad que se puede presentar en las tres causas-fuente filiales.

b) En el marco de la filiación biológica, la triple filiación, por lo general, tiene basamento en el afecto o socioafectividad. No obstante, tal como se desprende del caso canadiense, también puede ser producto de un acuerdo entre partes, en especial en el caso de familias poliamorosas.

c) En el marco de la filiación adoptiva, la triple filiación [\(10\)](#), por lo general —y así lo acreditan los cinco casos resueltos por la justicia argentina—, tiene basamento en el afecto o socioafectividad. Sin embargo, y a la

luz de las familias poliamorosas, podría también plantearse una triple filiación adoptiva por vía de un previo acuerdo entre las partes.

d) En cambio, en el caso de las TRHA, la triple filiación, por lo general, es el resultado de un acuerdo de partes, en términos del Cód. Civ. y Com., la consecuencia de una ampliación en el número de personas que expresan su voluntad procreacional de forma originaria.

Retomando lo expresado en la parte introductoria, el afecto y la voluntad son los polos a partir de los cuales repensar el sistema de determinación de la filiación en cada una de las tres fuentes filiales del Cód. Civ. y Com., pero no desde cualquier marco teórico, sino a la luz de dos principios centrales del enfoque de derechos humanos: el interés superior del niño y la perspectiva de género(s).

### III. La función judicial ante los "acuerdos de subrogación"

#### III.1. El caso canadiense: GS rudimentaria vs. GS casera

Como adelantamos, el segundo caso sometido a estudio de la máxima instancia de Columbia Británica versa sobre conflictos asociados al alcance de un "acuerdo de subrogación". En particular, la posibilidad de fijar un régimen de comunicación entre la gestante y la persona nacida producto de la práctica, ante la negativa de los guardadores; el cual es rechazado en fecha 30/06/2021 por entender que el pedido resultaba contrario al interés superior de la niña, conforme a la doctrina del status quo.

¿Las singularidades del fallo? Varias. Aquí interesa profundizar sobre una en particular, que excede el objeto de la instancia (derecho de comunicación) y, por ende, no es analizada por la Corte en esta oportunidad. ¿La razón? Según nuestro entender, es la arista con más y mayor riqueza para analizar los cruces entre afecto, voluntad e interés superior del niño, con perspectiva de género(s). Nos referimos a las condiciones en las que tuvo lugar el nacimiento de la niña. Ocurre que, si bien ambas partes aceptan la firma del acuerdo de subrogación, la actora (gestante) formula que el hecho fue producto de las relaciones sexuales que mantenía con el progenitor de la niña en su calidad de "amantes"; mientras la demandada (guardadorxs) mantiene que el nacimiento fue mediante un "kit doméstico de inseminación". A la posición de la actora se la conoce como "práctica rudimentaria" (posibilidad de donar material genético y, en el caso, también llevar a término un embarazo, a través del acto sexual sin intención de generar un vínculo jurídico de filiación); a diferencia de la postura seguida por los demandados, que enteraría dentro de la categoría "técnica de inseminación casera" (inseminación de semen por el uso de una jeringa, sin recurrir a la asistencia médica).

¿Qué dice (11). La filiación se determinará en cabeza de quienes concurren a la práctica con voluntad procreacional (denominados "progenitores previstos" o "futuros progenitores"), siempre que

1) exista un acuerdo de partes por escrito y previo a la concepción por reproducción asistida en el que se establece que, posterior al nacimiento, la gestante (llamada "sustituta") no será la madre del niño sino que lo entregará a los progenitores previstos; y

2) a los fines de perfeccionar la filiación con arreglo a la voluntad procreacional, ninguna parte ha de retirarse del acuerdo antes de la concepción, la sustituta debe prestar su consentimiento por escrito con posterioridad al nacimiento y los progenitores previstos, llevar al niño bajo su cuidado.

Asimismo, la norma explícita que el acuerdo previo a la concepción no suplente el consentimiento de la sustituta posterior al nacimiento, "pero puede usarse como prueba de las intenciones de las partes con respecto a la paternidad del niño si surge una disputa después del nacimiento" (sección 29).

En este contexto legal, la actora (K. B.) sostiene la no aplicación de la norma precitada. Para fundamentar su posición, relata que en dos ocasiones —antes de que la niña sea concebida— interrumpió voluntariamente dos embarazos fruto de las relaciones sexuales que mantenía con el demandado (M. S. B.). Agrega que, a pesar de la relación sentimental que mantenía con el señor, "quería apoyar al matrimonio" en su deseo de tener un hijo; con ese fin, se ofreció a actuar como gestante y aportar el material genético. Sin embargo, a pedido del Sr. M. S. B., bajo la promesa de criar juntos al niño, el embarazo fue buscado y concretado por acto sexual.

Por el contrario, el Sr. M. S. B. y su esposa niegan que el nacimiento de la niña haya sido producto de relaciones sexuales. Como prueba presentan los dos documentos que requiere la sección 29 de la Ley de Familia (el "acuerdo de subrogación" suscripto por las partes con anterioridad a la concepción, así como el consentimiento firmado por la Sr. K. B. en el hospital luego de dar a luz). Además, acompañan el pago realizado por los gastos asociados a la técnica.

Sobre el punto, la actora acepta haber firmado un documento en el hospital, pero sin haberlo leído; explica que lo hizo porque le dieron a entender que era necesario para que la niña obtuviera la cobertura de salud. Con relación al dinero obtenido, sostiene que se trató de un regalo del Sr. M. S. B.

¿Qué se resolverá sobre la filiación? Es un interrogante aún abierto, puesto que la cuestión continúa bajo estudio de los tribunales canadienses. Sin embargo, considerando el rol preponderante de la autonomía de la voluntad en ese sistema jurídico, entendemos que la respuesta dependerá de la prueba que se logre aportar con relación a dos extremos: la causa del nacimiento y las voluntades que rodearon el acuerdo celebrado con anterioridad a la concepción.

Ahora bien, agudizando la mirada u observando el conflicto con lentes argentinos, nos preguntamos: ¿es posible defender la autonomía si se desconoce la existencia de desigualdades estructurales? ¿Qué lugar ocupa, o debería ocupar, el análisis de las condiciones de posibilidad de tal autonomía en los supuestos de GS? ¿Acaso puede obviarse la perspectiva de género como principio transversal del derecho de las familias? En definitiva, ¿cuál es la función que deben asumir la ley y la justicia para asegurar, seria y sinceramente, la autonomía en el campo de las decisiones reproductivas? A estos interrogantes se le dedicará un apartado propio, el siguiente.

III.2. La GS en la Argentina: una deuda legislativa. La situación particular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Como es sabido, una de las principales "novedades" que el Cód. Civ. y Com. supo insertar en el ordenamiento jurídico es la recepción de las TRHA como una tercera causa-fuente filial, cuya determinación está regulada en el art. 562: "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..." (12), instrumento en el que se formaliza la voluntad procreacional (conf. arts. 560 y 561).

La contradicción en la que ingresa la ley es conocida. Si la filiación por TRHA se determina en cabeza de quien "dio a luz" y de la o las personas que "también" hayan brindado el consentimiento informado al efecto, o sea, instrumentado la voluntad procreacional, lo que el articulado silencia —y, por ende, no resuelve— es la determinación filial de las personas cuyo nacimiento tiene lugar a partir de la GS. Pues, por un lado, quien "dio a luz" no concurre a la práctica con voluntad procreacional y, por el otro, quien o quienes concurren a la práctica con voluntad procreacional no dieron a luz. De allí que se sostenga que la Argentina adopta una postura abstencionista en torno a la GS.

¿La utilidad o virtualidad de esta postura? Ninguna. Ciertamente, no ha logrado evitar la presentación de conflictos jurídicos complejos que debieron ser resueltos a pesar de la carencia de normas específicas; más aún, ha sido la jurisprudencia la que ha venido a reafirmar a la voluntad procreacional como elemento por antonomasia para determinar la filiación por TRHA, incluida la GS.

¿La estrategia judicial dominante? Iniciar un proceso de autorización previo (13) a la práctica médica con el objeto de que la justicia revise y asegure los elementos básicos del consentimiento (pleno, libre e informado) de las personas involucradas, en particular, la gestante, por ser la parte más vulnerable; a la par de ordenar la determinación filial con arreglo al principio de voluntad procreacional y así evitar posibles conflictos vinculados a la identidad del niño.

El entendimiento del proceso de autorización previa como la estrategia más habilidosa para responder a los intereses comprometidos en el proceso de GS también irradia e impulsa el debate en el Congreso de la Nación. A saber, de los tres proyectos de ley con estado parlamentario, provenientes del más variado arco político (14), dos —los que han ingresado por la Cámara de Diputados— son coincidentes en proponer la intervención fundamental del Estado, por conducto del órgano judicial, para cotejar que la práctica condice con y respeta los derechos humanos de todas las personas involucradas.

Mención aparte, más que merecida, cabe dar al estado situación de la GS en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, generado por el dictado de un precedente local cuyos efectos nocivos parecen no haber adquirido su debida repercusión (15). Nos referimos a la resolución dictada el 10/08/2017 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (16), mediante el cual deja sin efecto la resolución de grado que rechaza in limine el amparo interpuesto por el defensor del pueblo y la secretaria general de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT); en su remplazo, envía la causa a la Secretaría General para que realice un nuevo sorteo y hace lugar a la medida cautelar peticionada, ordenando al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que inscriba provisionalmente a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizados en el país, denominados de gestación solidaria, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, conforme al consentimiento previo, libre e informado expresado por estos, y sin emplazar como progeneradora a la gestante que expresó previa y fehacientemente no tener voluntad procreacional.

Contra este decisorio, la asesora general tutelar planteó un recurso de inconstitucionalidad y, denegado este, fue en queja al Tribunal Superior de la CABA. En fecha 07/10/2019, el Máximo Tribunal (17) local admitió parcialmente la queja y revocó el fallo recurrido en cuanto ordenó: "Remitir los autos a la Secretaría General a

efectos de que por sorteo se asigne nueva radicación a las actuaciones para la continuación de su trámite". Al momento de escribir estas líneas, el caso se encuentra radicado en el Juzgado Nacional N° 8 del fuero especializado en Familia, a la espera de una resolución definitiva.

No obstante, a la luz de la cautelar dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la CABA dictó tres disposiciones, a saber: disp. 93/DGRC/2017, del 13/10/2017 [\(18\)](#); disp. 103/DGRC/2017, del 26/10/2017 [\(19\)](#); y disp. 122/DGRC/2020 [\(20\)](#), del 30/04/2020.

En el art. 1° de la disp. 93/2017 se establecía: "Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento a saber:

"1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país;

"2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada;

"3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y

"4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además, debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo".

A pocos días de publicada esta primera versión, el Registro publicó la disp. 103/2017, adecuando los términos del punto 1 citado. ¿En qué sentido? Limitando este procedimiento administrativo a los casos de niñas nacidas en la CABA por el método de gestaciones "solidarias" realizadas en el país.

Sin embargo, en plena pandemia —30/04/2020— el Registro volvió a emitir una nueva disposición, la 122/2020, trasvasando incluso los lineamientos de la propia medida cautelar dictada por la Justicia. Pues en el procedimiento de inscripción vigente se volvió a modificar el punto 1 precitado, eliminando el requisito de que se trate de gestaciones realizadas en el país: "Art. 1°: (...) 1. Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria".

En palabras lisas y llanas, la práctica registral de la Ciudad es proceder a la inscripción directa de nacimientos producto de una GS —realizada en el país o en el extranjero— conforme a la regla de la voluntad procreacional, con todo lo que ello significa en términos de protección o desprotección de los derechos humanos en juego, en particular los de la parte más vulnerable, la gestante [\(21\)](#).

El Estado no puede desconocer las consecuencias, esperables o no, que produce por acción u omisión. ¿Acaso la referida disposición no deja librada la cuestión a la fuerza del mercado; y, a su vez, tal disposición no es consecuencia, directa o indirecta, del silencio que guarda la ley sobre la GS? Cara y contracara de la misma moneda.

En definitiva, el Estado puede continuar facilitando contextos de funcionalidad para lxs más fuertes y perjudiciales para lxs más débiles, en defensa de una libertad simbólica y aparente; también puede responder con un enfoque de derechos humanos y producir el engranaje legal necesario para asegurar el ejercicio real de esa libertad, generando las condiciones de posibilidad que una adecuada protección de derechos requiere con relación a todas las personas involucradas. No por casualidad dos de los órganos del sistema universal de derechos humanos vinculados a los derechos de las mujeres y de lxs niñas y adolescentes son coincidentes en afirmar que gran parte de los abusos asociados a la GS se dan en contextos no regulados, lo cual genera el deber de los Estados de asegurar un marco legislativo integral y capaz de evitar la explotación de las mujeres que actúan como gestantes [\(22\)](#), a la par de impedir la venta de niñas [\(23\)](#).

#### IV. Breves palabras de cierre

La lectura y el estudio de las sentencias reseñadas nos interpelan en forma directa y nos invitan a enriquecer la discusión en torno a figuras como la GS, la triple filiación e, incluso, las familias poliamorosas [\(24\)](#).

Construir un esquema legislativo respetuoso e inclusivo de las diversas formas de constituir vínculos filiales y/o familias debe ser la "brújula" en nuestro camino de construcción de consensos para futuras reformas legislativas; asegurar que estas propuestas no vulneren los derechos fundamentales de los integrantes de las familias y/o de las personas que participan con su cuerpo para que esa familia sea posible, nuestra obligación.

(\*) Abogadas (UBA). Docentes (UBA, UNDAV).

(1) BAEZA, S., "Familia y género: las transformaciones en la familia y la trampa invisible del género", Praxis Educativa, nro. 9, La Pampa, 2005, ps. 34-42.

(2) Para profundizar sobre el entrecruzamiento propuesto ver SALITURI AMEZCUA, Martina —

VIDETTA, Carolina A., "La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros", RDF 98-71; LL AR/DOC/48/2021.

(3) Si bien el derecho internacional y el regional de los derechos humanos se refieren a la perspectiva de género en singular/binaria, entendemos más adecuado aludir a la perspectiva de género(s) en plural para visibilizar e introducir ciertas cuestiones teóricas y políticas que giran alrededor de la noción de género. Como se ha afirmado: "no obstante el halo de autoevidencia que parece rodear a la frase 'perspectiva de género', cualquiera que se inicie en las discusiones teórico-políticas respecto del concepto de género, rápidamente advertirá que se trata de una expresión resbaladiza que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer (...) al asumir como fundamento de la representación una definición de género que deja en suspenso preguntas referidas a cómo se asignan los sexos, instauramos la diferencia sexual como un dato natural irreductible y excluido del debate en torno de los valores y la justicia (...). Nuestra tesis es que la forma en la que se disciplinan en el ámbito jurídico, los saberes referidos al vasto campo de lo que hasta el momento —en un gesto de simplificación— hemos denominado género, tiende a la instauración de un canon que incorpora ciertos saberes a costa de la negación de otros que quienes nos comprometemos con la educación antidiscriminatoria debemos resistir" (VITURRO, Paula, cit. por RUIZ, Alicia, "Cuestiones acerca de mujeres y derecho", Aportes para el Debate, p. 120, en <https://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/25/08.pdf>).

(4) Para profundizar sobre la pluriparentalidad en nuestro país, compulsar, entre otros: HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", RDF 66-75, AP AP/DOC/1066/2014; LOUZADA, Marisa A., "Multiparentalidad, filiación y multiparentalidad", RDF 71-167; DE LORENZI, Mariana A., "La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad", RDF 79-227; MASSENZIO, Flavia, "El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad", RDF 68-43; SILVA, Sabrina A., "La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental", Letra. Derecho Civil y Comercial, nro. 2, año I, 2016, ps. 108-135; de la misma autora, "Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida 'monopolizan' la pluriparentalidad?", Diario DPI, Supl. Civil, Bioética y Derechos Humanos, nro. 30, 11/07/2017; DE LA TORRE, Natalia, "Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?", AP AP/DOC/1075/2015; de la misma autora, "La triple filiación desde la perspectiva civil", RDPyC 2016-I-143, y "Casuística de la triple filiación en el derecho argentino. Repensando los vínculos filiales más allá de la diferenciación sexual", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derechos de niñas, niños y adolescencia, 2ª ed. actual. y ampl., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2021, t. II, ps. 545-570.

(5) VASALLO, Brigitte, "El desafío poliamoroso. Por una nueva política de los afectos", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2021, p. 129.

(6) SJA del 25/03/2020, p. 75.

(7) Disponible en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/2020/Fallo\\_Causa\\_N\\_\\_125988\\_C%C3%A1mara\\_de\\_Apelaciones\\_La\\_Plata\\_Impugnaci%C3%B3n\\_de\\_filiaci%C3%B3n.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/2020/Fallo_Causa_N__125988_C%C3%A1mara_de_Apelaciones_La_Plata_Impugnaci%C3%B3n_de_filiaci%C3%B3n.pdf), compulsado el 08/12/2021.

(8) LL AR/JUR/68820/2021.

(9) LL AR/JUR/118826/2021.

(10) Al momento de escribir estas líneas, cinco son los precedentes jurisprudenciales en la Argentina que han reconocido la triple filiación en el marco de la filiación biológica.

(11) Véase [https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025\\_00](https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_00).

(12) El destacado es propio.

(13) Para acceder a un estudio actualizado, ver ROBBA, Mercedes — SILVA, Sabrina A. — VIDETTA, Carolina, "La gestación por sustitución y la necesidad de un proceso judicial previo", en HERRERA, Marisa — DE LA TORRE, Natalia (coords.), Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la universidad, Ed. del Sur, Buenos Aires, 2021, ps. 487-522.

(14) A saber, con origen en la Cámara de Senadores (expte. S-1429/20, Cobos, Julio C., en <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL>); con origen en la Cámara de Diputados (expte. 3524-D-2020, Estévez, Gabriela, en <https://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>; y expte. 4487-D-2020, Massetani, Vanesa, en <https://www.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4487-D-2021>).

(15) Para profundizar en una mirada crítica, ver NOTRICA, Federico — CURTI, Patricio, "Gestión por

sustitución", en HERRERA, Marisa (dir.), Técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, ps. 9-143.

(16) CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, Secretaría Única, 10/08/2017, "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros", SAJJ SUC2006408.

(17) Disponible en <http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-publico-asesor>

(18) Disponible en [https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf).

(19) Disponible en <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/385510>.

(20) Disponible en <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/517484>.

(21) Esta postura también encuentra su espacio en la Legislatura porteña, a propósito de un proyecto de ley presentado por ÁLVAREZ PALMA, Ariel, "Inscripción registral de nacimientos producidos mediante gestación por sustitución", 26/10/2020, <https://parlamentaria.legislatura.gov.ar/pages/expediente.aspx?id=117948>.

(22) Ver COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, "Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de la República Democrática Popular Lao", CEDAW/C/LAO/CO/8-9, 14/11/2018, párr. 28 (<https://undocs.org/CEDAW/C/LAO/CO/8-9>); y COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya", CEDAW/C/KHM/CO/6, 12/11/2019, párr. 47 (<https://undocs.org/CEDAW/C/KHM/CO/6>).

(23) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños", A/HRC/37/60, 15/11/2021 (<https://undocs.org/en/A/HRC/37/60>), Informe actualizado el 15/07/2019, A/74/162 (<https://undocs.org/es/A/74/162>).

(24) Más aún a la luz del dictado de la sentencia del JCiv. Personas y Familia 2ª Nom. Orán, 18/11/2021, "L., J. s/ información sumaria", LL AR/JUR/183557/2021, que resuelve el primer planteo ante la justicia argentina de reconocimiento de un vínculo poliamoroso con el fin de acceder a la seguridad social —derecho a pensión—.