

**Gestación por Sustitución y Licencias por
Maternidad/Paternidad. La Agenda de Cuidado a la Luz de la
Jurisprudencia Española y la Perspectiva Argentina
(Surrogate Motherhood and Maternity / Paternity Leave. The Care Agenda
in the Light of the Spanish Jurisprudence and Argentinian Perspective)**

AGUSTINA PÉREZ*

Pérez, A., 2017. Gestación por Sustitución y Licencias por Maternidad/Paternidad. La Agenda de Cuidado a la Luz de la Jurisprudencia Española y la Perspectiva Argentina. *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (1), 205-229. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2779614>



Abstract

This paper aims to analyze the new technologies and the ability to access a (co)Maternity / (co)Fatherhood through assisted reproductive technics (ART), including surrogate motherhood, altogether with the issue of the care work and maternity/paternity leave. Therefore, this article aims no to stop in the arguments for and against surrogate motherhood (SM), but to reflect about how maternity / paternity leaves must be interpreted in these cases.

For that purpose, the article analyzes Argentinian SM and parental leave legal situation in the light of recent Spanish jurisprudence that have authorized maternity / paternity leave in cases of children born by SM while, while considering gender issues involved in this situations, how is the use of time in each family, how both ART and care work have a differential impact on women, and what happens when it comes to families consisting of two male parents.

Keywords

Assisted Reproductive Technics (ART); surrogate motherhood; care work; maternity leave; parental leave

Resumen

El presente artículo busca analizar la posibilidad de acceder a una (co)maternidad / (co)paternidad mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), incluida la gestación por sustitución (GS), en conjunto con la problemática de la agenda de cuidado y las licencias por maternidad/paternidad, partiendo del hecho cierto de la GS se realiza, sin detenerse en los argumentos a favor y en contra de ella.

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, con orientación en Derecho Internacional Público y maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, UBA. Desde 2011 participa en proyectos de investigación sobre técnicas de reproducción humana asistida y actualmente integra el equipo de investigación UBACyT "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", a cargo de Marisa Herrera. Programación Científica 2013 – 2016. Av. Las Heras 3115, 4ª18, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina agustinaperez00@gmail.com



Así, revisa el marco normativo argentino en relación a la GS y las licencias por maternidad/paternidad a la luz de la reciente jurisprudencia española que ha otorgado y rechazado licencias en casos en que se tuvo hijos/as mediante la GS, teniendo en cuenta la perspectiva de género, cómo es el uso del tiempo en cada familia, cómo las TRHA y el cuidado impactan diferencialmente sobre la mujer y cómo se traduce esta situación cuando se trata de familias compuestas por dos padres varones.

Palabras clave

Técnicas de reproducción humana asistida; gestación por sustitución; agenda de cuidado; licencias por maternidad / paternidad

Índice

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 208 |
| 2. El derecho humano a formar una familia en las TRHA..... | 209 |
| 3. Gestación por sustitución como una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia..... | 211 |
| 3.1. Una breve aproximación al significado de la GS..... | 211 |
| 3.2. Cómo se intentó regular en Argentina. Paralelismos con España..... | 212 |
| 4. Entre el derecho a formar una familia y el cuidado en los casos de GS..... | 215 |
| 4.1. Qué es el cuidado y cuáles son sus implicancias socio-históricas..... | 215 |
| 4.2. Jurisprudencia española..... | 217 |
| 4.3. Panorama legislativo en Argentina y la (única) experiencia de licencias por GS..... | 219 |
| 4.4. El cuidado de los hijos y su sustento constitucional-convencional..... | 221 |
| 5. Conclusiones..... | 224 |
| Referencias..... | 225 |
| Jurisprudencia..... | 227 |

1. Introducción

Cuando se habla de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) el primer pensamiento automático que aparece es el de “reproducción sin sexo”. Las TRHA han venido a desafiar los marcos normativos existentes, a modificar la visión del derecho de familia para transformarlo en el derecho de las familias, a disociar lo biológico y/o genético de lo afectivo, el acto sexual de la constitución de “la familia”, entre tantas otras revoluciones.

En las páginas que siguen no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de todas las TRHA ni detenernos en cada una de las formas y debates posibles. Nos centraremos en la gestación por sustitución (en adelante GS) no necesariamente por ser una de las más complejas y que más ha dado que hablar en los últimos años en Argentina –y con ello nos referimos y adelantamos a lo que fue la redacción, debate y sanción del nuevo Código Civil y Comercial Argentina (CCyC)– sino por ser una de las maneras de formar una familia que no sólo constituyen una herramienta más para que parejas heterosexuales puedan acceder a la maternidad/paternidad sino que involucra a y permite que también las parejas del mismo sexo, especialmente hombres, puedan satisfacer este derecho con algún vínculo genético.

A esta complejidad y especificidad de la técnica se suma la desprotección que aparece cuando, una vez realizada la GS, los niños nacidos gracias a ella y los padres o madres son relegados por el sistema de seguridad social y se les deniega, implícita o explícitamente, la posibilidad de acceder a una licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de su hijo en los primeros días de vida.

En este artículo buscamos entonces no detenernos en la naturaleza y debates éticos/morales/científicos de la GS de los cuales tanto se ha escrito y disertado –tanto a favor como en contra– sino, por el contrario, dar un paso más y evaluar qué pasa luego de que esta técnica efectivamente se lleva a cabo, qué sigue después. Para llegar a ese momento, para introducirnos y entender, al menos someramente, todas las aristas que componen esta problemática, comenzaremos por definir el derecho humano a formar una familia en los casos de TRHA y el debate producido en torno a ellas gracias a la reforma y sanción del CCyC argentino, sus semejanzas con España y cómo se intentó regular la GS en el país del sur. Ello servirá para esbozar una reflexión en torno a la relación existente entre GS y el cuidado de la familia y los niños, desde la teoría del cuidado y su paralelismo con la realidad de estas familias y las contiendas jurisprudenciales suscitadas. Nótese que, en definitiva, en ninguno de los dos países está “legalizada” la GS y, sin embargo, éstas se llevan a cabo “al margen de la ley” y de la prohibición expresa (en el caso de España) o de la ausencia de regulación (como en el caso argentino)¹. Lo que es más, entendido desde el paradigma de los derechos humanos, tal como se verá a continuación, no hay nada que indique que la GS como herramienta para constituir una familia debe ser prohibida por ser violatoria a los principios que aquellos garantizan.

¹ De hecho, producto de una sistematización realizada por el equipo de investigación al que pertenezco, pudimos concluir que de la compulsa de artículos realizada en distintas revistas jurídicas y portales jurídicos “online” de amplia trayectoria en el país (La Ley, Abeledo Perrot, Microjuris, Rubinzal, Actualidad Jurídica, Infojus, El Dial), con el recorte temporal de 2012 (año en que se presentó el Anteproyecto de CCyC) a febrero de 2016, se identificaron 64 (sesenta y cuatro) artículos que tienen como tema central a la GS. 42 (cuarenta y dos) de ellos son artículos doctrinarios que se posicionan “a favor” de la figura (66%), mientras que 22 (veintidós) se posicionan “en contra” de la gestación por sustitución (34%). En el caso de la jurisprudencia, toda ella se encuentra a favor (14 –catorce– casos en total, 9 –nueve– realizadas en argentina y 5 –cinco– en el extranjero).

2. El derecho humano a formar una familia en las TRHA

Es posible reconocer en diversos instrumentos de derechos humanos, regionales e internacionales, el derecho a formar una familia, los derechos de sus miembros, las obligaciones de la sociedad y los Estados de brindarle protección. Entre ellos se destacan los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) (artículo 16), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) (artículo VI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículo 10), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (artículo 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (artículo 17), Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986), Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1962), Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1965), Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) (artículo 12), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (1979) (artículo 9, 16), Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (artículo 9, 10, 20, 21, 22), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988) (artículo 15), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990) (artículos 4, 44, 45, 50).

De los anteriores documentos se desprende que toda persona tiene derecho, *sin restricción alguna, a constituir (o fundar) una familia*, la cual como *elemento natural y fundante de la sociedad* merece el respeto y la *protección de la sociedad y el Estado*. A su vez, éste deberá tomar *las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos (o convivientes) en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*. Esta protección y *asistencia* debe ser *lo más amplia posible, especialmente durante su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo y, a los responsables de los niños, se debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*. Por último, *se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición* (el destacado responde a cita textual de los instrumentos antedichos).

Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) se encarga de la protección y el derecho a la vida familiar en los artículos 5, 9, 10, 11, 18, 20 y 21. Retomaremos estos artículos y la protección debida a los niños *sin discriminación alguna por razón de filiación* (en este caso por TRHA) más adelante, cuando desarrollemos el cuidado y protección que debe otorgarse a los niños, niñas y adolescentes (NNyA), en especial los nacidos por GS.

A su vez, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), máximos órganos jurisdiccionales regionales en materia de derechos humanos, se han pronunciado acerca de la interpretación del derecho a formar una familia, incluso en casos de TRHA y de parejas del mismo sexo. También lo han hecho otros órganos de supervisión de tratados internacionales.

En este sentido, para la Corte IDH la familia, la forma de conformarla, la decisión de ser madre o padre, resulta parte de la vida privada². En consecuencia "la vida

² Ver al respecto dentro del sistema interamericano caso Rosendo Cantú (2010, párr. 119) y Caso Atala Riffo (2012, párr. 162) y en el sistema europeo TEDH, Caso Evans vs. Reino Unido (2007, párrs. 71 y 72), Caso Niemietz vs. Alemania (1992, párr. 29), etc.

privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, [a] la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás” (Caso Atala Riffo 2012, párr. 162), así como también [b] el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (Caso Artavia Murillo 2012, párr. 142), y [c] la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra, en el caso que nos convoca, el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. A su vez, para el caso de familias monoparentales (o incluso del mismo sexo), la Corte IDH estableció que “la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (Caso Fornerón 2012, párr. 99).

En síntesis, la Corte IDH reconoce que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma (Caso Atala Riffo 2012, párr. 142 y 143), todas las familias deben ser igualmente protegidas y respetadas.

El TEDH también tiene una larga trayectoria en la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales por el cual se garantiza el respeto a la vida privada familiar. Recientemente en el caso Vallianatos y otros c. Grecia (2013) ha reforzado su posicionamiento a favor del matrimonio igualitario estableciendo que “la decisión de casarse corresponde únicamente a la voluntad de compromiso mutuo de dos personas independientemente de la presión exterior o de la perspectiva de tener un niño” (párr. 83). A su vez, concluyó que “dado que el Convenio es un instrumento vigente, que puede ser interpretado en las condiciones actuales, el Estado (...) necesariamente debe tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en las ideas sociales, sobre el estado civil y las cuestiones relacionales” y que, en cualquier caso, “donde hay una diferencia de trato por razón de sexo u orientación sexual, (...) hay que demostrar que es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, la exclusión de ciertas categorías de personas”.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (1990) en su Observación General relativa a la interpretación de la noción y alcance de la familia, concluyó que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia ya que ésta puede diferir de un Estado a otro, o entre diferentes culturas y regiones.

Por tanto, el derecho humano a formar una familia necesita no sólo de la protección y el respeto del Estado sino también de la sociedad. Para su efectivo goce requiere, a su vez, del pleno ejercicio de otros derechos como ser el derecho a la vida privada; los derechos reproductivos (que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos – planificación– y a disponer de la información y de los medios para ello: métodos de fecundidad, tecnologías disponibles y demás métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables (Caso Artavia Murillo 2012, párr. 148)³); y el derecho de beneficiarse de los avances de la ciencia (Caso Artavia Murillo 2012, párr. 146 y 150)⁴.

³ Ver también los documentos relativos al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995.

⁴ El derecho a beneficiarse del progreso científico se encuentra consagrado tanto a nivel internacional como interamericano en, por ejemplo, el art. 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 14.1 b) del Protocolo de San Salvador la Declaración de Naciones Unidas sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad (AG año 1975), etc.

A su vez, ambos tribunales acuerdan en que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, una creación histórica al decir de Bobbio, y por tanto la categoría de derechos humanos no es constante sino cambiante, progresiva y su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (Caso Atala Riffo 2012, párr. 83)⁵.

En síntesis, la protección a las familias está presente en todos los instrumentos de derechos humanos enumerados anteriormente, de los cuales se concluye que “la familia es considerada un ‘elemento natural y fundamental’ de la sociedad y, por tal motivo, constituye un principio esencial del derecho internacional de los derechos humanos que merece la más amplia protección por parte de la comunidad internacional” (Beloff *et al.* 2012, p. 83). En lo que aquí nos interesa, es posible concluir entonces que la protección debida por el Estado hacia la familia y hacia el/la niño/a están íntimamente relacionadas y la desprotección (o la falta de *cuidado*) hacia uno no puede sino perjudicar necesariamente al otro.

Por último, estos párrafos son concluyentes en cuanto al punto que sigue. La GS es una de las formas de formar una familia y ello porque no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas.

3. Gestación por sustitución como una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia

3.1. Una breve aproximación al significado de la GS

La GS es una “práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer” (Brazier *et al.* 1998). En el mismo sentido, el Informe Warnock (Warnock *et al.* 1984) de Reino Unido, define la GS como una “práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. Lo anterior con independencia de que la gestante y/o los/as padres/madres (del mismo o diferente sexo) o persona sola aporten o no material genético propio⁶. En un sentido más amplio, Lamm (2013, p. 24) entiende a la GS como la “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.

En cuanto a la forma específica para referirse a esta técnica, Lamm (2013, p. 25) reconoce que “se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros”. Sin embargo, la autora destaca que según el diccionario de la Real Academia Española, subrogar significa “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que se parecería aplicable a los casos en que la gestante aporta su material genético y el proceso de gestación, por lo que considera que sería más acertado utilizar el término

⁵ Ver también Bobbio (1982); Idéntica tendencia puede observarse en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999, párr. 114) y el Caso de la Masacre de Mapiripán (2005, párr. 106). También su reflejo en el TEDH, Caso Tyrer (1978, párr. 31).

⁶ La diferencia en torno al aporte o no del material genético varía según cada legislación. En un principio se entendía que la gestante aportaba material genético propio y luego, tras la experiencia de reclamos judiciales por parte de la gestante para quedarse con el niño/a, las regulaciones se orientaron a prohibir el aporte de material genético de ésta. Lo mismo en relación a la posibilidad de que los comitentes sean parejas del mismo sexo o personas solas. Por lo tanto, pese a que en defensa de los derechos humanos me incline por una interpretación amplia, qué se entenderá por GS dependerá del contexto en que se lleva a cabo y la regulación de cada país.

sustitución “para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo”. A ello debe sumársele que, técnicamente, “la gestante no es la madre, por lo que la palabra *maternidad* no es la adecuada” (Lamm 2013, p. 25). Y no es la adecuada porque la maternidad involucra un antes, querer ser madre, y un después, ser madre. Es un proceso. Por lo tanto “la maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación” (Lamm 2013, p. 26).

3.2. *Cómo se intentó regular en Argentina. Paralelismos con España*

En marzo de 2011, mediante Decreto 191 del Poder Ejecutivo Nacional se mandó a crear una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. A su vez, se creó una Comisión Bicameral para el tratamiento del mismo. Las labores incluyeron la designación un equipo de 100 juristas, la apertura de una casilla electrónica para recibir propuestas alentando a la sociedad y a la comunidad jurídica a involucrarse, dos sitios web para difundir información (una dentro de la órbita del Poder Legislativo y otra propia⁷), etc. El Anteproyecto se presentó el 27 de marzo de 2012 y se llamó a celebrar audiencias públicas que se celebraron en distintos lugares del país haciendo honor al federalismo argentino. Asimismo, se discutió sobre los alcances de la obre en jornadas, seminarios y talleres. Pocos códigos civiles de la historia tuvieron tanto debate y fueron tan accesibles a la sociedad civil como este que se discutió durante tres años hasta ser sancionado en octubre de 2014.

En cuanto al derecho de familia, el CCyC parte, según señala Kemelmajer (2014, p. 1) de Carlucci, de una noción básica: “la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a ‘la naturaleza’; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.”. Por lo tanto, si el concepto de familia no es del orden “natural” sino “cultural” lógico es que no exista un modelo único de familia (universal e inmutable) sino diversos tipos de familia (Kemelmajer de Carlucci 2014), familias en plural.

Y es que según los propios Fundamentos del CCyC, se establece que éste es un “Código para una sociedad multicultural. (...) Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”. Respeta por tanto lo que el máximo órgano de derechos humanos de la región, la Corte IDH, ha dicho sobre la cuestión: “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma” (Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, Caso Atala Riffo 2012, párr. 142, Caso Fornerón 2012, párr. 98, entre otros) incluso “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (Caso Atala Riffo 2012, párr. 142).

A su vez los Fundamentos hacen eco en lo que se ha dado a llamar “constitucionalización” del derecho civil, en especial del derecho de familia, mediante la incorporación de diversos tratados de derechos humanos al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que les otorga jerarquía constitucional y enfatizan en la noción de igualdad que permea las relaciones familiares, dejando expresamente dicho que “se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes (como surge de la ley 26.618) y del género”.

⁷ <http://ccycn.congreso.gob.ar/> y <http://www.nuevocodigocivil.com/> respectivamente. Aún vigentes al 15/02/2017.

Tan comprometido con la diversidad familiar y las nuevas realidades sociales, y conducente con la ley Matrimonio Civil, más conocida como ley de matrimonio igualitario (Ley 26.618 de 2010) y ley de Identidad de Género (Ley 26.743 de 2012) el nuevo CCyC establece la filiación por TRHA como un tercer tipo filial, además de la filiación por naturaleza (la biológica) y por adopción, todas ellas con iguales efectos (art. 558 CCyC), donde lo que prima no es ni la genética ni la biología sino el elemento volitivo, el querer ser padre o madre, es decir, la voluntad procreacional (art. 562 CCyC, ex art. 561 en el proyecto de reforma CCyC).

En este contexto se insertaba la GS que, según el art. 562 del Proyecto de Reforma del CCyC, debía regularse de la siguiente manera:

Artículo 562.– Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Lamentablemente, luego del debate y tras haber sido objeto de duras críticas, la figura de la GS fue removida de la versión final de CCyC aprobada por dictamen de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación, emitido tras la sesión en la Honorable Cámara de Senadores en Noviembre de 2013 (Argentina, Cámara de Senadores, 2013).

Los fundamentos fueron los siguientes:

La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre "Relaciones de Familia" que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno.

La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario.

En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del

proyecto de reforma (Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación 2013).

Sin embargo, la experiencia jurisprudencial argentina ha dado cuenta de la realización de este tipo de técnicas pese a no estar contempladas formalmente en la regulación civil. Lo que es más, según los casos jurisprudenciales argentinos relevados (en total 9 de 2012 a febrero de 2016), en todos ellos se admitió la GS⁸. Afortunadamente, tanto los casos realizados dentro del país como los llevados a cabo en el extranjero han tenido resultados satisfactorios y respetuosos de los derechos humanos de las partes involucradas. En este sentido, se ha determinado que en casos de GS “la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del Código Civil”⁹. Ello en tanto “existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla”¹⁰.

En el caso de España, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006), que permite la donación de gametos y preembriones y en cuyo art. 6.1 establece que “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley” (excluyendo a los hombres –heterosexuales u homosexuales– como usuarios), prohíbe contundentemente la GS, estableciendo:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

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

Como puede observarse, dicha ley, aun siendo posterior a la ley 13/2005, de 1 de julio, modificatoria del Código Civil español legaliza el matrimonio parejas del mismo sexo, no sólo no considera a los hombres como usurarios de las TRHA (independientemente de su orientación sexual), sino que restringe una técnica que es la única que permite a parejas de hombres acceder al derecho a formar una familia con algún vínculo genético.

⁸ Producto de una búsqueda exhaustiva de jurisprudencia en las principales bases de datos nacionales, de 2012 (año de presentación del Anteproyecto de CCyC) a febrero de 2016 se dieron 14 (catorce) casos de GS (9 –nueve– en que la técnica se llevó a cabo en el país y 5 –cinco– realizadas en el extranjero), todos ellos avalados por el órgano jurisdiccional. A su vez, de los realizados en Argentina, 3 (tres) de ellos fueron “intrafamiliares”, esto significa que la gestante poseía un vínculo de parentesco con los comitentes; mientras que en 6 (seis) de ellos, la gestante era una persona ajena al ámbito familiar de los comitentes.

⁹ El art. 242 del Código Civil actual, que estará vigente hasta julio de 2015, establece la presunción “mater semper certa est”, según el cual la maternidad siempre se conoce con certeza y se determina por el parto “madre cierta es”.

¹⁰ Juzgado de Familia de Gualaguaychu, “B. M. A. C/F. C. C. R. Ordinario”, 19-nov-2013, MJ-JU-M-83567-AR.

4. Entre el derecho a formar una familia y el cuidado en los casos de GS

4.1. *Qué es el cuidado y cuáles son sus implicancias socio-históricas*

Por mucho tiempo ha predominado un modelo tradicional de organización del trabajo productivo y reproductivo, donde a los hombres se les asigna los trabajos remunerados y a las mujeres las tareas de cuidado del hogar, no remuneradas (PNUD-OIT 2009, p. 17, Lupica 2010, p. 14). Históricamente se ha delegado a las mujeres la responsabilidad del cuidado de los miembros de la familia y del hogar que presentan algún grado de dependencia (niños, ancianos, personas con discapacidad) e incluso el de los adultos varones ocupados en el mercado laboral que se benefician del trabajo doméstico no remunerado que realizan las mujeres (Marco Navarro y Rico 2013, p. 27). Por este motivo, la mayor producción de políticas públicas y de protección (o seguridad) social han sido individualistas y privatistas, como una expresión más de la división sexual del trabajo (las mujeres se encargan de lo doméstico –lo privado– y los hombres “salen” a trabajar –ámbito público–). Esta situación, a su vez, es uno de los principales factores de desigualdad aún vigente entre hombres y mujeres (Marco Navarro y Rico 2013, p. 27). Ejemplo de ello son los primeros convenios de la OIT que se centraban en las licencias laborales otorgadas a las mujeres madres por el hecho biológico del embarazo y el parto, como veremos más adelante y no como un derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores.

Lo anterior ha llevado a que, tras la inserción de las mujeres en el mercado laboral, éstas han logrado acceder a más empleos pero de peor calidad, con más informalidad que los empleos de los varones, lo cual necesariamente se traduce en peores salarios y condiciones de seguridad social, pues son ellas las que deben “conciliar” familia y trabajo sacrificando autonomía, desarrollo profesional y bienestar (PNUD-OIT 2009, Lupica 2010, Esquivel 2012, entre otros).

El cuidado debe entenderse entonces como el trabajo destinado al bienestar de las personas, mientras que el trabajo doméstico es necesario y funcional al cuidado (ejemplo, cocinar para el niño que hay que alimentar), y muchas veces una parte de aquel, pero no siempre se presentan conjuntamente (Marco Navarro y Rico 2013, p. 27). Si bien es cierto que todas las personas necesitamos de cuidados, algunas son más dependientes que otras, ya sea por encontrarse en los extremos de la vida (por ejemplo, niñez y ancianidad) o por otras razones (enfermedades, discapacidad) que requieren de una mayor cantidad, calidad y especialidad en los cuidados (ELA 2012, p. 9). El cuidado es, entonces, el conjunto de actividades, remuneradas o no, destinadas al bienestar de las personas. “Estas actividades implican un apoyo multidimensional: material, económico, moral y emocional a las personas con algún grado de dependencia pero también a toda persona, en tanto sujeto en situación de riesgo de pérdida de autonomía” (Marco Navarro y Rico 2013, p. 29). A su vez, éste puede ser provisto en el marco del hogar pero también en el mercado, asumido por el Estado o por organizaciones de la sociedad civil, y será remunerado o gratuito según las elecciones políticas, valoraciones culturales y estructuras de género imperantes en la sociedad de que se trate (Marco Navarro y Rico 2013, p. 30). Es por el ello que el cuidado, como fenómeno social, “requiere ser abordado desde diversas disciplinas de modo de abarcarlo en toda su complejidad” (Marco Navarro y Rico 2013, p. 30).

En este contexto, no debe perderse de vista que “el acto de cuidar se considera un trabajo porque implica tiempo, desgaste de energía y genera valor. Todo el trabajo que las personas (en su gran mayoría mujeres) realizan en los hogares, como tareas de cocina, de limpieza y cuidado de otras personas del hogar, se efectúa sin remuneración y sin que medie un contrato que establezca un valor, las responsabilidades y beneficios que conllevan dichas tareas” (ELA 2012, p. 9).

¿Cuáles son, entonces, las características del trabajo de cuidado? Puede decirse que son actividades que dependen de relaciones interpersonales íntimas entre la

persona que provee el cuidado y quien lo recibe. Tienen un componente afectivo, así como uno ideológico y moral (las formas de cuidado cambian con el paso del tiempo y algunos modelos son más valorados que otros). Existe una tendencia, por cierto errónea, de considerar a la mujer como única obligada y dotada de las características necesarias para brindar cuidados. Por último, se considera que es intergeneracional y se caracteriza por la urgencia: cuando surge la necesidad de cuidado debe ser satisfecha (ELA 2012, p. 10).

Los organismos internacionales vienen teniendo al trabajo decente como protagonista de su agenda¹¹. Según la OIT (s.d.), “el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”.

En este sentido, y considerando que aquel apunta al bienestar de las personas, en lo atinente a la relación entre familia y trabajo, recomiendan optar por “conciliación con corresponsabilidad social”, es decir, que las tareas de cuidado sean compartidas entre hombres y mujeres por un lado (rompiendo con la división sexual del trabajo), pero también con el Estado, el mercado, las familias y la sociedad en general (PNUD-OIT 2009). Es por ello que “solo en la medida en que la división sexual del trabajo ingrese a la agenda pública como un problema público que requiere un tratamiento transversal, bajo un marco de derechos, se podrán consolidar políticas públicas respetuosas de la equidad de género y de los derechos humanos fundamentales” (Pautassi 2013, p. 129).

En este contexto, los cuidados continúan siendo una responsabilidad sobre todo femenina (PNUD-OIT 2009, Montaña Virreira 2010, Sojo 2011, CEPAL 2013). Lo que se busca con la corresponsabilidad es “dejar atrás la noción de cuidado entendida como una responsabilidad privada de las familias, y en su interior, de las mujeres, y avanzar hacia la conformación de una sociedad en la cual la responsabilidad se comparta entre las familias, el mercado y el Estado” (Lupica 2010, p. 17), porque cuidar no es una responsabilidad exclusivamente femenina ni individual. “Cuidar es una responsabilidad social y una obligación legal que debe ser compartida por varones y mujeres por igual” (ELA 2012, p. 13).

En este sentido, la crianza y el cuidado infantil, son funciones familiares cruciales puesto que resultan necesarios para que los NNyA se desarrollen, a más pequeños los niños, mayor es el tiempo y la necesidad de cuidado. Por lo tanto, la definición de cuidado infantil comprende todas las actividades realizadas en favor de los NNyA y “se extiende más allá de las formas ‘activas’ de cuidar para incorporar también el cuidado pasivo, definido como estar pendiente de los niños y niñas, o necesariamente presente porque por su edad no se los puede dejar solos... También incorpora un elemento de responsabilidad, asociado al hecho de que quien brinda los cuidados debe estar necesariamente presente” (Esquivel 2012, p. 77).

Por todo lo anterior, es posible concluir que “el cuidado es un derecho universal, interdependiente e indivisible” que tiene sujetos obligados a brindarlo (familia, Estado, mercado) y sujetos beneficiarios (en general todas las personas y en especial niños, ancianos, enfermos, personas con discapacidad, etc.) “por lo que es

¹¹ Ello va desde la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, abarcando desde Convenios 103 (1952) y 183 (2000) sobre protección de la maternidad, Convenio 156 (1981) sobre las trabajadoras con responsabilidades sociales, Recomendación 165 (1985) sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares, entre otros, hasta campañas y acuerdos globales como ser la Agenda Global para la Igualdad de Género, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), los Objetivos de Desarrollo del Milenio, la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente para las Américas 2006-2015, etc.

necesario que se exijan las obligaciones positivas y negativas que incluye” (Pautassi 2013, p. 129).

4.2. *Jurisprudencia española*

España constituye un gran modelo donde la comunidad se ha organizado para luchar por sus derechos en torno a la GS, siendo las licencias una de sus líneas de acción. Un ejemplo de ello es la asociación “Son nuestros hijos” conformada por familias mayoritariamente homoparentales que han recurrido a la GS como manera de acceder a la paternidad y maternidad. Sus objetivos son reivindicar la GS como derecho reproductivo de las familias que no pueden gestar a sus hijos, proporcionarse ayuda mutua mediante el intercambio de información, reivindicar el acceso al registro civil de sus hijos, exigir el trato igualitario de sus familias, visibilizar nuevos modelos de familia y, por sobre todo, demandar la regulación de la GS en el país (Son Nuestros Hijos s.d.).

Una de sus luchas se visibiliza a través del reclamo por licencias parentales para parejas que han ejercido el derecho a formar una familia a través de la GS. En este sentido, el 14 de septiembre del 2014 enviaron una carta a la Ministra de Empleo y Seguridad Social donde solicitaban un tratamiento igualitario en relación a las demás familias puesto que “se están denegando, sistemáticamente, prestaciones sociales (paternidad, maternidad y otras) a niños nacidos mediante reproducción asistida, en concreto mediante gestación por sustitución. Son niños españoles, hijos de padres españoles, con su DNI español, con su libro de familia español y con unas necesidades que son, en todo, iguales a las de otros niños españoles, pero a ellos se les margina en razón de su modo de nacer. Por razón de nacimiento” (Son Nuestros Hijos 2014). Resaltaron, a su vez, la existencia de numerosas sentencias de máximos tribunales del país que otorgaron estas licencias a las familias conformadas a través de la GS¹² y que, en cualquier caso, reusarse a otorgar en las licencias constituye, además de una discriminación en razón del sexo, de la elección del tipo de familia y hacia los NNyA, un tipo de maltrato infantil (Son Nuestros Hijos 2014).

En un recorrido entre dicha jurisprudencia encontramos que en la STS de Madrid 1032/2009-MH el padre del niño reclama una licencia para el caso de GS en virtud de la analogía con la adopción que le habría sido denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). El STJ determinó que “el derecho de suspender el contrato para atender al menor, pertenece sin discriminación por sexo ni por clase de filiación, al padre y a la madre de modo íntegro de existir un solo progenitor y en régimen de cotitularidad en caso contrario. La distribución del mismo coherentemente, si ambos trabajan, ha de hacerse por acuerdo entre ellos, salvo, en el supuesto de parto en que la elección corresponde a la madre. Naturalmente, de fallecer la madre, la cotitularidad se muda en titularidad única del padre y por lo tanto a él le corresponde”.

Años más tarde, el STJ de Madrid, en su sentencia núm. 668/2012, ante el reclamo de un trabajador que solicitaba licencia (prestación por maternidad) que le fue denegada por no presentar el certificado de inscripción en el registro civil (el mismo estaba siendo objeto de otro recurso judicial para que la niña, nacida por GS en Estados Unidos, pudiera ser inscrita en el mismo), estableció que si bien era cierto en el plano fáctico, como habían establecido en instancias anteriores, que el padre no había alumbrado a la niña ni la había adoptado, había que atenerse al plano jurídico y por tanto la cuestión era determinar de cuál era el interés protegido en la norma.

En este sentido, concluyó que “lo que se trata de amparar es no sólo el cuidado de la madre, en los casos de maternidad biológica, sino también y en todo caso, el del menor” y que “en efecto, conforme al meritado art 133 bis de la LGSS, se

¹² Algunas de ellas serán analizadas a continuación.

consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin que se dé previamente una definición de qué se entienda por lo primero, lo que hace remitirse al concepto general de 'estado o cualidad de madre'. El tribunal continúa y establece que existe una diferencia entre la licencia por parto (que señala no cabe en este caso) y licencias parentales que tienen por objeto el cuidado de los hijos y la conciliación de las responsabilidades familiares con las laborales, estándose también protegidas la adopción y el acogimiento familiar. Concluyó por tanto que se estaba ante una laguna jurídica y que si bien el demandante no estaba incluido en ninguna de las figuras anteriores si estaba virtualmente contenido en el espíritu de la norma. En conclusión el TSJ de Madrid sentenció que "es difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor" y por tanto declaró el derecho del actor a la prestación solicitada.

En igual dirección se orientó el TSJ de Cataluña en su sentencia núm. 7985/2012 en un caso en que, determinó, "la cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación ha quedado perfectamente acreditada, da derecho a disfrutar del permiso de maternidad". Una vez más, la norma en juego es el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social que, a efectos de la prestación de maternidad, considera situaciones protegidas, la maternidad la adopción y el acogimiento. Analizados los hechos, concluyó que "el objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor" y que el caso de GS era equiparable a los otros contenidos en la norma.

El TSJ de Asturias en su sentencia núm. 2320/2012 arribó a las mismas conclusiones mediante la analogía aunque también enfatizó en el art. 39 de la Constitución Española que establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación.

Una vez más, en 2013, el TSJ Madrid mediante sentencia núm. 216/2013 estableció que "es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitución suprallegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación [GS] no justifica ningún trato diferenciado". Concluyó a su vez que "la prestación de paternidad o de maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres" y, remitiéndose a los argumentos de la sentencia núm. 668/2012 concedió la prestación por paternidad haciendo analogía a las normas que la garantizan en casos de nacimiento, adopción o acogimiento familiar.

Por último, el TSJ de Canarias en su sentencia núm. 1259/2014 estableció que los hechos hipotéticos o improbables, argumentados para obstaculizar el derecho a las prestaciones sociales de menor, no pueden privilegiarse frente a los hechos ciertos y reales, por lo que, estableciendo una analogía con los casos de adopción y acogimiento, y revisando la jurisprudencia existente en la misma materia y la motivación de la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (que señala que dicha ley complementa la "transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria") falló otorgando la licencia requerida.

En síntesis, como puede observarse, la jurisprudencia española tiende a otorgar la licencia por maternidad/paternidad mediante la analogía con otras figuras y, si bien en varias ocasiones se pregunta por el espíritu de la norma, en ninguno de los casos relevados se observa una referencia explícita al interés superior del niño (art. 3.1 CDN) ni a la consecuente reflexión en torno a si la denegación de prestaciones sociales atenta o no contra éste.

4.3. Panorama legislativo en Argentina y la (única) experiencia de licencias por GS¹³

Según señala Carina Lupica, los marcos legales actuales en la Argentina presentan algunas deficiencias: primero, porque rige solo para los asalariados formales, generando grandes exclusiones e inequidades respecto de las personas que se encuentran fuera de él (generalmente mujeres), y que trabajan, por ejemplo, en el mercado informal, en pequeñas empresas o como empleadas domésticas, por lo que la seguridad social viene históricamente dada en torno al “trabajo formal remunerado, mayoritariamente masculino y que sólo llegaba a la mujer a través de sus relaciones de matrimonio y/o parentesco” (PNUD-OIT 2009, p. 25), dejando de lado al trabajador/a más débil. Segundo, porque se centran en demandas de conciliación muy específicas sobre el cuidado de niños pequeños y en razón del embarazo y parto. Tercero, por el grado de incumplimiento de la legislación laboral, ya sea por la escases de fiscalización, las condiciones laborales y/o las exigencias y discriminación en razón de género (Lupica 2010, p. 16). “En suma, más allá del momento específico de la maternidad, los cuidados son considerados básicamente un asunto privado y familiar cuyas principales responsables son las mujeres” (Lupica 2010, p. 16).

Sin embargo, la legislación laboral en torno a la maternidad ha venido experimentando cambios progresivos a través del tiempo, “desde la protección de las mujeres en relación a su función reproductora, hasta la búsqueda de la igualdad de oportunidades y trato con los varones” lo que se constata en los diversos convenios de la OIT (Lupica 2010, p. 49).

Así encontramos primero los convenios que protegen a la mujer en su función biológica (Convenios 3 de 1919, 103 de 1953 y 183 de 2000) o por considerarse peligrosos o inadecuados para ellas (Convenios 41 de 1983, 89 de 1948, 13 de 1921 y 127 de 1967) hasta los convenios igualitarios (100 de 1951, 111 de 1958, 156 de 1981 y 171 de 1990) que buscan no solo garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación sino también asegurar las condiciones para la igualdad de oportunidades (y responsabilidades). Argentina ha ratificado solo los convenios 3 y 183 (protectorios) y el 156 (igualitario), mientras que España el 3 y el 103 (el 89 también pero no ha entrado en vigor); el 13 y 127; y 100, 111 y 156.

Los convenios protectorios buscan la protección y estabilidad en el empleo, prohibición de discriminación o despido por embarazo, licencias por maternidad y permisos para lactancia, es decir, los cuidados principalmente como responsabilidad de las mujeres en tanto madres; mientras que los convenios igualitarios incluyen licencias por paternidad, licencias por cuidado de hijo enfermo, prestaciones público/privadas de cuidado (ejemplo, jardines maternos), etc., buscan la co-responsabilidad, redistribuir cuidados involucrando a los gobiernos y a los hombres. En este sentido, si bien nadie niega que un piso maternalista es esencial para proteger a las mujeres en su condición de madres (en tanto proceso biológico), las políticas maternalistas pueden afectar a la equidad de maneras contradictorias (Blofield y Martínez F. 2014, p. 8).

En esta oportunidad no haremos énfasis en el hecho de que “frente a las carencias del sistema público de protección social son las mujeres las que con su trabajo no remunerado resuelven las necesidades de bienestar y calidad de vida de los integrantes de la familia” (Marco Navarro y Rico 2013, p. 27). Asumiremos esto como cierto y haremos mención a las regulaciones laborales en el país como forma

¹³ El momento de redactar el artículo, principio de 2015, no se registraban en Argentina reclamos judiciales que solicitasen licencias por maternidad/paternidad en casos de GS, y por tal motivo se recurrió a hacer una reflexión acerca de cómo funciona la seguridad social con el objetivo de dar un panorama acerca de la variedad de situaciones que podrían producirse si una causa de este estilo llegase a judicializarse. En cambio, al momento de la revisión del artículo (marzo de 2016), existe una sentencia que retoma la situación y que será tratada más adelante, pero respetando la organización del artículo en cuanto a la situación de las licencias en Argentina.

de hacer hincapié en cómo las situaciones de desprotección social en torno a las licencias por maternidad/paternidad se acentúan aún más en casos de parejas del mismo sexo.

De más está reiterar que Argentina no sólo no legisla la GS (aunque técnicamente no la prohíbe ya que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” art. 19 CN) sino que tampoco regula uniformemente las licencias por maternidad y menos aún por paternidad.

El marco normativo general en materia laboral en Argentina está dado por la ley 20.744, denominada Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que data de 1974. El art. 9 de dicha ley, denominado “principio de la norma más favorable para el trabajador”, fija la principal garantía para éste, estableciendo que “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador (...). Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” (este último párrafo también se lo conoce como *in dubio pro operario*).

Sin embargo, la situación de los adultos trabajadores en Argentina es diversa y además de las diferencias que se encuentran en el territorio federal (donde cada provincia se dicta sus propias leyes relativas al trabajo), los beneficios de las personas que trabajan en el sector público difieren de las que están en el sector privado y se agravan cuando no se encuentran dentro del alcance de la legislación laboral, v. gr. cuando no están registrados (empleo informal) y/o cuando trabajan por cuenta propia. A su vez, la normativa en general es acotada o restrictiva y su cumplimiento es insuficiente (Lupica 2010). La falta de medidas que garanticen la corresponsabilidad queda en evidencia cuando se observa que las licencias por paternidad son de tan sólo 2 días corridos por nacimiento en el sector privado y 5 días hábiles en el público de algunas jurisdicciones, contra licencias de entre 90 y 110 días por embarazo y nacimiento para mujeres que a su vez gozan de otros beneficios como tiempo para lactancia (aunque varía según dónde trabaje), protección contra el despido en razón de embarazo y parto, entre otras. Sin embargo, estas licencias no acompañan el ciclo de vida de las personas que requieren el cuidado, los niños, sino que se limitan a su nacimiento, lo que complejiza la conciliación de las madres y padres de las tareas de cuidado con las obligaciones laborales.

Tampoco sería factible acudir, en caso de suscitarse un reclamo judicial, a la equiparación con la adopción como lo hace España, puesto que a nivel nacional no existe normativa al respecto (la LCT en su Capítulo II sobre la protección de la maternidad no lo regula) y a nivel federal éstas varían en cantidad de días y extensión que se le da a hombre y mujeres, según la provincia y el tipo de trabajo que realizan¹⁴.

A ello se le suma que, como se adelantó, “la normativa en la Argentina rige sólo en el caso de los asalariados formales, lo que genera grandes exclusiones e inequidades en relación a las personas que se desempeñan en el sector informal, en pequeñas empresas o en el servicio doméstico. Estos son sectores en los que las mujeres –principales responsables de las tareas de cuidado– están sobrerrepresentadas, en especial las que se encuentran en situación de pobreza y no cuentan con los años de escolaridad suficientes que le permitan mejorar la posición que ocupan en el mercado de trabajo” (Lupica 2010, p. 62).

Un ejemplo del compromiso estatal por equiparar derechos de los padres por naturaleza y por adopción con los que acuden a GS, puede verse en la *Children and Families Act 2014* (ley de niñez y familia de 2014) del Reino Unido que entró en vigencia el abril del 2014. Esta ley extiende, expresamente, la licencia por adopción

¹⁴ A modo de ejemplo sobre esta diversidad ver Unión Personal Civil de la Nación (2012).

a la licencia por GS, de manera que todas las familias conformadas de esta manera están en igualdad de condiciones para solicitar licencia por maternidad/paternidad pagas. La norma establece que quienes soliciten la paternidad/maternidad (*parental order*)¹⁵ deberán proceder como lo indica la ley laboral y de seguridad social¹⁶ y avisar a su empleador para poder gozar de las licencias correspondientes. Así, una de las personas puede optar por la licencia principal de hasta un año, con seis semanas en las que se les pagará el 90% del salario y una cantidad prefijada por el resto del tiempo, se otorgará la posibilidad de realizar dos visitas previas al nacimiento, así como también se otorgará licencia por paternidad a la otra persona, pudiendo entre ellas elegir quien solicita cuál. Los derechos de licencia por maternidad se mantienen para la gestante.

Por su parte, el único caso argentino que versa sobre licencias por maternidad/paternidad en el caso de GS es uno del 30/12/15 que versa sobre una mujer presta su vientre para que su hermana pueda llevar a cabo, junto con su pareja, su plan parental. En dicha oportunidad la jueza sostiene que “atento a la relevancia que reviste el cuidado del niño para su desarrollo integral, a la protección debida a las familias en todas sus formas como “elemento natural y fundamental” de la sociedad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/2003 estableció que ‘[I]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades’, como parte del *ius cogens*, considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art.52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niños” (apartado IX). Establecido esto, el juzgado concluye otorgar la licencia por maternidad, como la que regularmente prevé la ley, a la madre comitente para que pueda cuidar de su hija/o al nacer. (Juzgado Familia Lomas de Zamora N° 7 “Herrera, Mónica y otro/a s/Medidas Precautorias (art.232 del CPCC)”, 30 de diciembre de 2015).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que urge una unificación en la materia porque, en definitiva, la variedad de opciones existentes en Argentina no hace más que vulnerar los derechos de padres y madres y poner en una situación desigual a quienes están en igualdad de condiciones: niños y niñas recién nacidos (por naturaleza o por TRHA).

4.4. El cuidado de los hijos y su sustento constitucional-convencional

La CDN es el tratado de derechos humanos específicamente diseñado para los niños, niñas y adolescentes y que más ratificaciones ha recibido. En Argentina este tiene rango constitucional desde 1994, lo cual se traduce en una jerarquía superior a las leyes. A su vez, el país cuenta con una ley de protección de niñas, niños y adolescentes (Ley 26.061) que traduce al plano local las necesidades y exigencias de la CDN. En el último año, a su vez, los requerimientos de estas dos normativas fueron incorporados, ya desde lo discursivo, ya desde lo normativo, al nuevo CCyC.

El gran logro de la CDN es que gracias a ella se afirma que los NNyA son sujetos de derecho (y no objetos de protección) y que los derechos humanos, en tanto universales, también corresponden a los NNyA. Además, se establece esta población cuenta con una mayor protección (mayores obligaciones por parte del Estado) en tanto persona en desarrollo.

La CDN en su artículo 2 establece las obligaciones de respetar y asegurar los derechos de los NNyA por parte del Estado, es decir, pone de manifiesto que el cumplimiento, garantía y goce de derechos de todos los niños requiere obligaciones

¹⁵ Cfr. *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, sección 54.

¹⁶ Cfr. *Social Security Contributions and Benefits Act 1992* y *Employment Rights Act 1996*.

de no hacer (no interferir, respetar) y obligaciones de hacer (asegurar, tomar medidas positivas). Lo que es más, el inciso 2 de dicho artículo establece que el niño deberá ser “protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de su condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares”. Queda pues en evidencia que cualquier discriminación en razón de su condición de nacimiento (GS) y la forma en que está constituida su familia (familias heteroparentales, homoparentales o monoparentales) se encuentran prohibidas y que, por lo tanto, merecen igual tratamiento que los demás NNyA nacidos de forma y por métodos “naturales”.

Por su parte, el art. 3.2 CDN establece que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que necesitan para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. A su vez, el art. 5 establece que son los padres los encargados de “impartirle [al niño], en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos” en la CDN. Esto último pone de relieve que los NNyA requieren el cuidado de sus padres durante toda su vida, durante todo su desarrollo personal.

A lo anterior se le suma que el art. 18 del mismo tratado establece que “ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño” (inc. 1), cuestión que también se ve reflejada en el nuevo CCyC argentino¹⁷ y que “a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños” (inc. 2). También ha de adicionarse las obligaciones del Estado en virtud del art. 19 que determinan que éste deberá propender al “establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él”.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda en evidencia que el cuidado es un derecho humano de los niños, así como una obligación y compromiso de los padres y el Estado. “La protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente ligadas” (Beloff *et al.* 2012, p. 83).

Como corolario, y acaso por si quedase alguna duda al respecto, el art. 3.1. establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (énfasis añadido).

El interés superior del niño (ISN) es, entonces, un principio rector¹⁸ de la CDN que por tanto obliga a la maximización de todos los derechos de los niños a la vez que es, indudablemente, un derecho en sí mismo (Cillero Bruñol 1999). A su vez, el interés superior del niño, “exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja” (Kemelmajer de Carlucci *et al.* 2013, p. 4), tanto garantizando los derechos filiatorios como el derecho a ser cuidado. El ISN así definido, otorga “prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar este contenido mínimo esencial de los derechos de la CDN” (Beloff *et al.* 2012, p. 38).

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (2003) hizo énfasis en este derecho y principio rector y estableció que “todos los órganos o instituciones

¹⁷ Ver por ejemplo y en especial el Título VII sobre responsabilidad parental.

¹⁸ Cfr. art. Comité de los Derechos del Niño (2003), Observaciones Generales N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y Observación general N° 14 (Comité de los Derechos del Niño 2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En igual sentido Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, conclusión 2).

legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño [en todas] las medidas que adopten (...) incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan directamente", como lo es el caso de las licencias por maternidad/paternidad en cualquier caso (independientemente de si la filiación es por naturaleza, por adopción o por TRHA).

El cuidado y la igual protección ante la ley se encuentran también en los siguientes artículos: art. 7 "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley [y] contra toda discriminación" y 25.2 "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños (...) tiene derecho a igual protección social" de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 "Cada uno de los Estados... se compromete a respetar y garantizar... sin distinción alguna" y art. 24.1 "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requieren" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2 "cada uno de los Estados partes... se compromete a adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) [y] a garantizar el ejercicio... Sin discriminación alguna" y art. 10.3 "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. II "todas las personas son iguales ante la ley" y art. VII "todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales" de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; y art. 1 "respetar... y garantizar... sin discriminación alguna" y "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley" y art. 19 "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello sin contar que la Corte IDH ha establecido que "los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades" (Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Derechos Humanos 2003, párr. 104) y que en tanto la prohibición de discriminación forma parte del *ius cogens*, cualquier trato discriminatorio genera responsabilidad internacional (Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Derechos Humanos 2003, párr. 85).

Argentina y España ofrecen el apoyo y la asistencia a los padres y/o madres para que puedan asumir sus funciones y obligaciones de crianza de los niños. Sin embargo, como vimos, tanto en la legislación e incipiente jurisprudencia argentina como en la jurisprudencia española, esta protección es debida, en general y prioritariamente, a las mujeres en tanto hecho biológico de la maternidad y/o en caso de adopción. A su vez, en Argentina, como ya se analizó, la realidad de los padres no es igual a la de las madres y ambas situaciones, a su vez, difieren en el plano nacional y provincial y en razón de su trabajo (público, privado, independiente). En síntesis, más allá de la mejor o peor protección de estas familias, lo cierto es que en ninguno de los dos países hay una regulación que permita ejercer el cuidado por los padres de manera activa, mucho menos cuando se trata de GS.

De lo anterior se desprende que, si los niños deben ser tratados iguales y si el derecho a ser cuidados es un derecho humano, toda disposición (ya sea del sector privado, la administración pública o incluso del poder judicial) que restrinja la posibilidad de los NNyA de gozar del cuidado de ambos padres/madres constituye una violación a su interés superior y a sus derechos humanos, y por tanto compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

5. Conclusiones

Lo hasta aquí visto nos lleva a una premisa elemental: así como no es posible desvincular la noción básica del derecho a formar una familia y de los derechos reproductivos de cuestiones como la filiación o los derechos hereditarios, tampoco es posible desvincularlo del cuidado que requieren los hijos producto del ejercicio de los anteriores derechos.

Sea en el interés superior del niño, por el derecho de los padres y madres de ejercer sus responsabilidades parentales y guiar a sus hijos (tal como señala CDN y CCyC) o por un pacto social público-privado por el cuidado equitativo de los niños/as, lo cierto es que las licencias, popularmente llamadas, “por maternidad” deben ser no sólo extensivas a los casos en los casos en que los nacimientos se den por GS sino también deben ser lo suficientemente flexibles como para permitir el libre ejercicio de los progenitores varones de dicho beneficio, dividiendo las tareas como mejor resulten en la dinámica familiar particular.

La crianza de los hijos es una experiencia que se revela como plena y gratificante y merece respeto y protección independientemente de si se han aportado gametos o no o a qué figura (naturaleza, adopción o TRHA) se ha acudido.

El cuidado, y la resolución de su problema, requieren una mirada transversal y una agenda inclusiva. En Argentina, pese a que se realizan GS y/o se reconocen las llevadas a cabo en el extranjero, sólo en uno de los catorce casos jurisprudenciales relevados se trajeron a debate las licencias por maternidad/paternidad y ésta fue concedida, aunque sólo a la madre que, como mujer y tal como mandan los roles estereotipados de género, deben asumir primordialmente el cuidado de los hijos.

Por su parte, la experiencia española y la capacidad organizativa que vienen demostrando las familias¹⁹, ponen de relieve la importancia de instalar en agenda la problemática de las licencias en los casos de GS así como el derecho a cuidar y ser cuidado. Tener conciencia de ello y de los derechos que atañen a las partes es fundamental para incidir en ámbitos de decisión de políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

Es por ello que es importante –para otorgar poder a sectores que se encuentran relegados, en este caso padres y madres en general y aquellos que acudieron a GS en particular–, poner como punto de partida no personas con necesidades sino sujetos con derechos que reclaman determinadas situaciones o conductas. Como diría Víctor Abramovich (2006, p. 36): “los derechos reclaman obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos exigibles y darles cumplimiento”.

No debemos olvidar que las licencias parentales tienen por objeto el cuidado de los hijos y la conciliación de las responsabilidades familiares con las laborales. Tanto España como Argentina tienen un largo camino por recorrer para sortear las dificultades reales (como las de GS en la jurisprudencia española) como las normativas (situación laboral en Argentina).

Independientemente de si la GS está permitida o prohibida, lo cierto es que una vez acaecida el niño/a que pueda nacer de aquella no tiene culpa alguna y no puede ser privado de su derecho a ser cuidado por sus progenitores. Ello en tanto si bien las licencias por maternidad/paternidad no se encuentran reguladas expresamente en los casos de GS, la situación del niño/a recién nacido puede equipararse a la de cualquier otro niño nacido por la unión sexual se sus progenitores o, incluso, al caso sí regulado (o equiparado) de niños/as adoptados (tal como lo muestra la jurisprudencia española relevada), en los cuales se les otorga a los adoptantes un período de cuidado igual para que puedan cuidar a su hijo/a y adaptarse a esta nueva situación familiar. Es decir, el lugar que ocupan los progenitores en uno y

¹⁹ En este caso solo nos referimos a la organización de familias “Son nuestros Hijos” que hemos estudiando, pero entendemos que la experiencia no se agota en ella ni tampoco en España sino que es un fenómeno cada vez más visible.

otro caso es el mismo, e igual situación acontece para el caso del niño/a, sin importar los medios utilizados para obtener la filiación (por naturaleza, por TRHA o por adopción). Por ende, no hay nada que justifique un trato desigual hacia el/la hijo/a.

En definitiva, se trata de utilizar el enfoque de derechos humanos, y el tan mentado interés superior del niño, para dar respuesta a situaciones (como estas) no previstas por la ley.

De lo anterior se desprende, como mencionamos anteriormente, que lo que está en juego en estas situaciones son derechos humanos y responsabilidades estatales asumidas frente a la comunidad internacional, cuya violación puede comprometer la responsabilidad internacional de los Estados.

En definitiva, lo hasta aquí analizado tiene como motivación destacar una situación particular, inmersa en un contexto de problemáticas más amplias y hasta estructurales de los Estados. Esperamos que, en un futuro no muy lejano, las licencias parentales (de madres y padres) sean efectivas, igualitarias (en todos los contextos y ámbitos, a nivel nacional y provincial, público y privado) y no se traduzcan ni refuercen estereotipos de género ni atenten contra la libertad (y el derecho humano) de formar una familia, aun en los casos de GS.

Referencias

- Abramovich, V., 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, 88, 35-50.
- Argentina, Cámara de Senadores, 2013. *Período 131º, 19º Reunión – 9º Sesión especial – 27 y 28 de noviembre de 2013, versión taquigráfica (provisional)* [en línea]. Disponible en: http://ccycon.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/versiones/buenosaires/VT-2013-11-27_-ES-09.pdf [Acceso 22 marzo 2015].
- Arson de Glinberg, G.H., y Silva Ruiz, P.F., 1991. La libertad de la procreación. *La Ley*, tomo 1991-B, Sección Doctrina, 1198-1206.
- Beloff, M. et al., 2012. *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G.K., 1999. Intimidación y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance? *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, 15.
- Blofield, M., y Martínez F., J., 2014. ¿Equidad, maternalismo, corresponsabilidad? Trabajo, familia y cambios en la política pública en América Latina. *Revista CEPAL* [en línea], 114, 107-125. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37439/RVE114BlofieldMartinez_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Acceso 11 febrero 2017].
- Bobbio, N., 1982. Presente y Futuro de los derechos del hombre. En: *Problemas de la Guerra y las vías de la paz*. Buenos Aires: Gedisa, cap. IV.
- Brazier, M., et al., 1998. *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*. London: Department of Health.
- CEPAL, 2013. *Panorama Social de América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Cillero Bruñol, M., 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 45-62.
- Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2013. *Dictamen de comisión* [en línea]. Disponible en <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf> [Acceso 22 marzo 2015].

- Comité de Derechos Humanos, 1990. *Observación general N° 19. La familia (artículo 23), período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171* [en línea]. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html> [Acceso 15 febrero 2017].
- Comité de los Derechos del Niño, 2003. *Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003. Observación General N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)* [en línea]. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC5_sp.doc [Acceso 15 febrero 2017].
- Comité de los Derechos del Niño, 2013. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* [en línea]. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [Acceso 15 febrero 2017].
- ELA, 2012. *De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización del cuidado*. Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).
- Esquivel, V., 2012. El cuidado infantil en las familias. Un análisis en base a la Encuesta de Uso del Tiempo de la Ciudad de Buenos Aires. En: V. Esquivel, E. Faur, E. Jelin, eds. *Las Lógicas del cuidado infantil. Entre las familias, el Estado y el mercado* [en línea]. Buenos Aires: IDES, UNFPA, UNICEF, 73-105. Disponible en: <http://cddhh.ides.org.ar/files/2012/06/Las-l%C3%B3gicas-del-cuidado-infantil.-Entre-las-familias-el-Estado-y-el-mercado.1.pdf> [Acceso 11 febrero 2017].
- Gil Domínguez, A., 1999. El concepto constitucional de familia. *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*, 15, 31-43.
- Herrera, M., y Lamm, E., 2012. ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución. *Microjuris* [en línea], MJ-DOC-5971-AR | MJD5971. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/12/10/esconder-o-enfrentar-otro-argumento-a-favor-de-la-regulacion-de-la-gestacion-por-sustitucion/> [Acceso 11 febrero 2017].
- Herrera, M., y Lamm, E., 2014. Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar. *La Ley*, Tomo LL 2014-D, 122, 1 y 6-8.
- Kemelmajer de Carlucci, A., 2014. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *La Ley*, AR/DOC/3592/2014, 1-31.
- Kemelmajer de Carlucci, A., et. al., 2013. Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. *La Ley*, Tomo 2013-D, 195.
- Lamm, E., 2013. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona.
- Lupica, C., 2010. *Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina* [en línea]. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/td_correspona.pdf [Acceso 13 febrero 2017].
- Marco Navarro, F., y Rico, M.N., 2013. Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional. En: L. Pautassi, y C. Zibecchi, coords. *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*. Buenos Aires: Biblos, 27-58.
- Montaño Virreira, S., 2010. El cuidado en acción. En: S. Montaño, y C. Calderón Magaña, eds. *El cuidado en acción: Entre el derecho y el trabajo* [en línea].

- Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27845/S2010994_es.pdf [Acceso 11 febrero 2017].
- OIT, s.d. *Trabajo decente* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> [Acceso el 27 de abril de 2016].
- Pautassi, L., 2008. Transversalidad de género en un marco de derechos: el desafío actual. *SER Social* [en línea], 10 (22), 11-40. Disponible en: http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/15/13 [Acceso 13 febrero 2017].
- Pautassi, L., 2013. Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado. La autonomía en tensión. En: L. Pautassi, y C. Zibecchi, coords. *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*. Buenos Aires: Biblos, 99–132.
- PNUD-OIT, 2009. *Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social: resumen ejecutivo* [en línea]. Santiago de Chile: PNUD-OIT. Disponible en: http://www.ar.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Desarrollo%20Inclusivo/trab_familiaOIT-PNUD_re.pdf [Acceso 13 febrero 2017].
- Quaini, F.M., 2013. Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina. *Microjuris*, MJ-DOC-6332-AR.
- Rosenblat, K., 2014. Derecho a la seguridad social. Derecho a la igualdad y no discriminación. TEDH, Montoya c. Francia, 23 de enero de 2014. *Derechos Humanos* [en línea], 7, 433-437. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/Imnoprst-uvwd-octr-inac-f150048f1pdf%20name:CF150048F1.PDF> [Acceso 13 febrero 2017].
- Sojo, A., 2011. De la evanescencia a la mira: El cuidado como eje de políticas y de actores en América Latina. *Serie Seminarios y Conferencias* [en línea], 67. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7023/1/S2011080_es.pdf [Acceso 13 febrero 2017].
- Son Nuestros Hijos, 2014. Carta a la Ministra de Empleo *Son Nuestros Hijos* [en línea], 2 septiembre. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2014/09/carta-la-ministra-de-empleo.html> [Acceso 2 abril 2015].
- Son Nuestros Hijos, s.d. ¿Quiénes somos? *Son Nuestros Hijos* [en línea]. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.ar/p/quienes-somos.html> [Acceso 2 febrero 2015].
- Unión Personal Civil de la Nación, 2012. *Protección de la maternidad del sector Público de la República Argentina* [en línea]. Buenos Aires: UPCN, Disponible en: <http://www.upcndigital.org/~archivos/pdf/bibliotecavirtual/cdn/igualdad/maternidad.pdf> [Acceso 4 abril 2015].
- Warnock, M., et al., 1984. *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* [en línea]. Reimp. 1988. London: Her Majesty's Stationery Office. Disponible en: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf [Acceso el 15 de marzo de 2015].

Jurisprudencia

- Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Acceso 15 febrero 2017].

- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 2012. Serie C No 239 [en línea]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf [Acceso 15 febrero 2017].
- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf [Acceso 20 de febrero de 2017].
- Caso Evans vs. Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 10 de abril de 2007 (n. 6339/05) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046> [Acceso 20 de febrero de 2017].
- Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242. Fondo, Reparaciones y Costas [en línea]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf [Acceso 14 febrero 2017].
- Caso Niemietz vs. Alemania, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala, 16 de diciembre de 1992 (n. 13710/88) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887> [Acceso 20 de febrero de 2017].
- Caso Tyrer vs. Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de abril de 1978 (No. 5856/72) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587> [Acceso 24 febrero 2017].
- Caso Vallianatos c. Grecia, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 7 de noviembre de 2013 (n. 29381/09 y 32684/09) [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162180> [Acceso 14 febrero 2017].
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 18, de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf [Acceso 14 febrero 2017].
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf [Acceso 14 febrero 2017].
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Acceso 15 febrero 2017].
- Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf [Acceso 20 de febrero de 2017].
- Sentencia del Juzgado Familia Lomas de Zamora, Argentina, N° 7, de 30 de diciembre de 2015 (Exp. N° LZ-62420-2015), H.M. y otro/a s/Medidas Precautorias (art.232 del CPCC) [en línea]. Disponible en: <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/sentencias/2015-gxs-jf7lz-msv.docx> [Acceso 15 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia núm. 2320, de 20 de septiembre de 2012 (ROJ: STSJ AS 3514/2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6509885&links=%222320%2F2012%22&optimize=20121004&publicinterface=true> [Acceso 14 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala Social, núm. 1259, de 7 de julio de 2014 (ROJ: STSJ ICAN 2252/2014) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=7207245&links=%221259%2F2014%22&optimize=20141114&publicinterface=true> [Acceso 14 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7985, de 23 de noviembre de 2012 (ROJ: STSJ CAT 12193/2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6607887&links=%227985%2F2012%22&optimize=20130122&publicinterface=true> [Acceso 14 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3, núm. 1032, de 9 de diciembre de 2009 (ROJ: STSJ M 14614/2009) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=5049505&links=1032&optimize=20100225&publicinterface=true> [Acceso 13 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, núm. 668, de 18 de octubre de 2012 (ROJ: STSJ M 13355/2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6556233&links=%22668%2F2012%22&optimize=20121129&publicinterface=true> [Acceso 14 febrero 2017].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3, núm. 216, de 13 de marzo de 2013 (ROJ: STSJ M 8633/2013) [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6835640&links=%22216%2F2013%22&optimize=20130911&publicinterface=true> [Acceso 14 febrero 2017].