

Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas

*Camila Denise Beguiristain**

1. Planteamiento

En sistemas como el argentino, el control de constitucionalidad (hoy también de convencionalidad) que ejercen los jueces y las juezas, tensiona los principios democráticos de no exclusión, discusión colectiva y participación efectiva. En otros términos, lo discutible de este mecanismo no solo es qué se decide, sino quién y cómo.

A estas inquietudes se añaden dos más: i) qué sucede cuando los derechos que se discuten son los denominados económicos, sociales, culturales y ambientales –en adelante DESCAs¹; y, ii) qué acontece cuando las personas involucradas pertenecen a un colectivo que sufre discriminación estructural.

* Abogada, egresada con diploma de honor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Asesora Legal en la Subsecretaría Legal y Técnica de la Secretaría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata y Maestranda en Género y Políticas Públicas en FLACSO PRIGEPP. Ayudante alumna en Derecho de Familia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Email: camibegui@gmail.com

1 Toda vez que trastocan cuestiones presupuestarias y de política pública.

Este asunto no es menor ya que, por un lado, se ha discutido la justiciabilidad de los DESCAs² y, por otro, se ha discrepado acerca de cómo se ha de garantizar la participación de grupos que han sufrido –y aun sufren– vulneración de derechos como efecto de la invisibilización y expulsión del debate.

Lo dicho anteriormente adquiere una relevancia destacable cuando lo que se discute alcanza el carácter de conflicto policéntrico –también llamado “litigio de derecho público”³–, tal como sucede con la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución.

Desde esta perspectiva, el objetivo de este trabajo consiste en demostrar cómo el poder judicial, a través de una actitud dialógica, podría activar la labor legislativa para garantizar los derechos (no) reproductivos –en particular, la gestación por sustitución– del colectivo LGBTI.

Para esto, propongo: 1) desarrollar el criterio de (no) discriminación por sexo y orientación sexual en torno al colectivo LGBTI; 2) explicar la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida y su vinculación con los DESCAs; 3) evidenciar los inconvenientes del control robusto de constitucionalidad-convencionalidad; 4) manifestar las particularidades que adquiere dicho mecanismo en la justiciabilidad de los DESCAs; y, 5) exponer alternativas de discusión para sortear la –inevitable– “última palabra” de los

2 Así como las resoluciones adoptadas cuando estos han sido atendidos por los tribunales de justicia.

3 Aquellos en los que “(...) las demandas no se generan a partir de disputas entre partes privadas acerca de derechos privados. En su lugar, el objeto es la reivindicación de políticas constitucionales o legales”. Chayes, A. “The role of the Judge in Public Law Litigation”. *Harvard Law Review*, No. 89, 1281. Año 2009.

jueces y juezas frente a conflictos de discriminación estructural y omisión política.

2. Material y metodología

Comenzaré el trabajo puntualizando en la discriminación estructural del colectivo LGBTI ante la ausencia de la mención explícita como motivo de exclusión social y su repercusión en la vulneración de derechos. Posteriormente analizaré los derechos sexuales y (no) reproductivos en el campo internacional (como integrantes de los DESCAs) para adentrarme específicamente en la técnica de gestación por sustitución y la omisión de su regulación en la República Argentina. Finalmente, señalaré los inconvenientes de un control de constitucionalidad –y convencionalidad– robusto de casos con alta repercusión social y política. Así, concluiré proponiendo posibles soluciones de participación ciudadana efectiva y su repercusión democrática.

Para eso, realizaré un análisis cualitativo de la problemática, mediante un abordaje exclusivamente teórico-documental de los trabajos realizados por distintos/as académicos/as que han estudiado y aportado a la discusión.

3. Colectivo LGBTI: ¿inclusión o exclusión?

Sabido es que, a partir del año 1994, nuestra Constitución Nacional incorpora –por medio de su artículo 75, inc. 22– una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, cuyos contenidos serán complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. De esta manera

–y tal como se explicará en el capítulo V–, los jueces y juezas están compelidos a fundar sus sentencias en consonancia con lo dispuesto por la Ley Fundamental y los mencionados Tratados (lo que se conoce como control de constitucionalidad y convencionalidad respectivamente)⁴.

Ahora bien, ¿qué sucede con el colectivo LGTBI⁵ y la letra de esta normativa? Al examinar su contenido nos encontramos que se hallan invisibilizados por omisión⁶, ya que en ninguno de estos instrumentos existe mención alguna de este grupo⁷. Por consiguiente –y atento a que el derecho es un discurso performativo–, la exclusión, discriminación y vulneración de derechos resulta más sencilla y frecuente.

De esta manera, frente al fracaso de la protección directa, debemos recurrir a ciertos artículos que deben ser entendidos en

4 Tal como lo sostuvo la CIDH en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile y Gelman vs. Uruguay*.

5 Denominación utilizada para hacer referencia al colectivo de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales.

6 Por supuesto que, el hecho de que una situación sea regulada por el derecho, no nos asegura su pleno reconocimiento; pero sí constituye un paso significativo. La invisibilización es la base para las múltiples violaciones de derechos sobre aquello que constituye algo extraño, sobre aquello a lo que el derecho, por no nombrar y reconocer, le niega subjetividad.

7 En el año 2013, se adoptó la Convención Interamericana Contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia previendo, en su artículo 1, inc. 1, párrafo dos, a la orientación sexual, identidad y expresión de género como motivos de discriminación. Sin embargo, al día de hoy, sólo dos Estados la han ratificado (México y Uruguay). Por su parte, la República Argentina sólo la ha firmado.

clave (enfoque) de derechos humanos⁸ y perspectiva pro persona⁹ para lograr su protección. Por un lado, nuestra Constitución Nacional consagra –en su artículo 16– que todos/las los/las habitantes son iguales ante la ley. Por el otro, en el terreno internacional, se avanza un poco más.

En un primer momento –al finalizar la Segunda Guerra Mundial y al crearse la ONU en el año 1945– se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos/as, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo¹⁰, idioma o religión. Posteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 y los Tratados Internacionales generales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales –ambos del año 1966– adicionan como motivos de discriminación al color, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la

8 El Estado peruano lo define como “una aproximación conceptual y metodológica basada en los estándares y principios de derechos humanos que sostienen que el desarrollo debe orientarse a promover y proteger los derechos humanos para que sean ejercidos plenamente por todas las personas”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2013. Pág. 15.

9 “Constituye una herramienta útil para el examen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales a interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales (...); “(...) debe constituir el método de trabajo por excelencia de las instituciones internacionales (...)” así como también el de todos los poderes de un Estado, atravesando de manera transversal a las políticas públicas. Salvioli, Fabián. “La perspective pro personne: un mécanisme d’interprétation contemporaine des instruments internationaux des droits humains” en: *Reciprocité et universalité, Mélanges en l’honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Ed. Pedone, Paris, Francia, 2018. Págs. 897-911.

10 Alude al binario mujer-hombre, sin reconocer otras sexualidades.

posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.

Como se observa, estas cláusulas hacen visibles nuevos motivos y dejan abierta la oportunidad de incluir otros mediante las frases “tales como” y “cualquier otra condición social”. Tratados más modernos (como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias), continuaron adicionando motivos tales como: la edad, la discapacidad, la nacionalidad, el estatus marital. “Sin embargo y nuevamente, pese al trabajo, acciones y peticiones de la comunidad LGBT, la orientación sexual como motivo de discriminación todavía no ha sido expresamente mencionada en los tratados de derechos humanos. ¿Por qué? ¿No existe tal discriminación/violencia o no es generalizada?”¹¹.

A nivel regional, la protección de Derechos Humanos en el sistema interamericano por el Pacto de San José de Costa Rica –del año 1969– y el Protocolo Facultativo de San Salvador, tampoco prevé la orientación sexual como motivo de discriminación.

Sin embargo, sentencias judiciales, informes y otros instrumentos internacionales, muestran la existencia de casos de discriminación, violencia y violación de derechos en razón de la orientación sexual y la necesidad de reconocimiento, prevención, reparación y sanción frente a los mismos. Por ejemplo, en el

11 Tapias, Nancy. “Exclusión/inclusión de la orientación sexual en el Derecho Internacional: El concepto de género en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Otros cuerpos, otras sexualidades*. José Fernando Serrano, coordinador académico Ciclo Rosa, compilación e introducción. 1a. Ed. Instituto Pensar. Bogotá, 2006. Pág. 105.

caso *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH– estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención y, “en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”¹². Y continúa: “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”¹³.

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CDESC– también ha expresado su preocupación en torno a la discriminación y violencia en razón de la orientación sexual. Así, en las Observaciones Generales 14 y 15, prohibió cualquier discriminación en el acceso a la salud y/o al agua en razón de la orientación sexual y recomendó a los Estados incluir la perspectiva de género en sus políticas. Posteriormente, en la Observación General No. 22 –referida al derecho a la salud sexual y reproductiva– dispone que determinadas personas, como las lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales sufren formas múltiples y concurrentes de discriminación que agravan la exclusión en la legislación y en la práctica, y continúa

12 Véase Fallo CIDH *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239. Considerando 91.

13 *Ibid.*, Considerando 93.

afirmando que “la no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad”¹⁴.

Podemos advertir, que en este último comentario –del año 2016– el CDESC va más allá y menciona a las personas intersexuales –es decir, aquellas que al momento del nacimiento presentan una ambigüedad sexual¹⁵– lo cual resulta sumamente lógico si tenemos en cuenta que la categoría “sexo” a la que refieren los Tratados Internacionales alude al binarismo femenino/masculino, excluyendo otras sexualidades.

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2006). Observación General No. 22, Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Recuperado de: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DoctypeID=11

15 Respecto de estas personas, “Se entendía –y entiende– que era necesario reasignarles un sexo por medio de estándares protocolizados que acarrearán –y siguen al día de hoy– tratamientos quirúrgicos y hormonales. Pero, ‘el problema no es que el cuerpo no tiene sexo o no es sexuado, lo es; el problema no es que el proceso fisiológico de sexuación no funcionó, funcionó; el problema, para los médicos, es que funcionó mal: no dio lugar a una identidad sexual identificable como «macho» o «hembra». Por eso la intervención consiste en intervenir sobre esos cuerpos inter sexos para asignarles, no un sexo (ya tienen uno), sino el buen sexo”. Para mayor ahondamiento véase Beguiristain, Camila D. *De la ficción del sexo y género femenino: una propuesta para su deconstrucción*. MicroJuris Argentina. Buenos Aires, 2020. Págs. 2 y 3.

En consecuencia, al momento del nacimiento, a estas personas le son violados muchos de sus derechos –con o sin el consentimiento de sus progenitores–.

Por su parte, el Consejo de Derecho Humanos –por medio de un experto independiente– publicó un informe sobre las “Terapias de conversión”¹⁶ –de mayo del corriente año– analizando los efectos de las mismas sobre las personas sometidas a ellas, sus implicancias para sus derechos humanos y su relación con la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Desde otro enfoque, y con la mirada puesta en el goce y ejercicio de los derechos humanos en las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, los Principios de Yogyakarta¹⁷ del año 2006, fueron expuestos como una carta para los derechos del colectivo LGBTI, afirmando la obligación que les cabe a los Estados la implementación de los derechos fundamentales en base a los mismos.

Estos –y muchos más– ejemplos en el campo del derecho internacional, demuestran la indudable importancia de reconocer, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las

16 Oficina del Alto Comisionado. “Experto de la ONU pide la prohibición global de las prácticas conocidas como ‘terapias de conversión’”. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. 2020. Recuperado de: <https://acnudh.org/experto-de-la-onu-pide-la-prohibicion-global-de-las-practicas-conocidas-como-terapias-de-conversion/>.

17 Documento elaborado a petición de Louise Arbour –ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008)–, por 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, incluyendo miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, reunidos en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. Contiene 29 principios –aprobados por unanimidad– e incluye recomendaciones a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y a la propia organización de las Naciones Unidas. Pero, dado que no fueron aprobados en el marco de un Tratado, no resulta un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados.

personas LGBTI, aunque, como se ha resaltado, queda mucho camino por andar atento a que su protección resulta ser indirecta/ implícita o a través de casos individuales e instrumentos internacionales de “derecho suave” (*softlaw*). Esto refleja –una vez más– la construcción de identidades que realiza el derecho, fijando, fortaleciendo y reafirmando un sistema de poder heterosexual, patriarcal, androcéntrico y binario.

Como resultado del silencio y la falta de regulación expresa que prohíba la discriminación al colectivo LGBTI, la violencia y discriminación tienen una alta probabilidad de volverse tolerada, no sancionada y, muchas veces, animada por el propio Estado o sus gobernantes. Incluso, las mismas personas que pertenecen a esta colectividad terminan “naturalizando” la violencia que se les ejerce, porque:

La violación de los derechos reconocidos genera, en principio, una reacción legal, el movimiento del aparato judicial para investigar y sancionar a quienes cometen la infracción –así esto no se logre– y proteger, en lo posible, a las víctimas. Mientras tanto, la violación de los derechos que no son reconocidos por normas (...) genera un completo desinterés por parte de las instituciones del Estado. No se investiga, ni se juzga, ni se castiga a quien viola estos derechos, e incluso se aprueba tácitamente la conducta violatoria y, en todo caso, se la exime de cualquier reproche social¹⁸.

En razón de lo expuesto, resulta claro que dicho grupo ha padecido –y aun hoy enfrenta– discriminación estructural. En la causa *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, del año 2016, la CIDH aporta elementos para delimitar y reconocer cuando estamos frente a dicha situación. Sin dar una definición explícita ni mencionar qué grupos están sometidos a dicha

18 Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Derechos Humanos y LGBT. Marco Legal en Colombia”, en: *Otros cuerpos, otras sexualidades...* Pág. 140.

discriminación, el voto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor menciona –a modo enunciativo– los siguientes componentes:

- i) la presencia de un grupo –sean mayoría o minoría– de personas o grupos de personas –es decir, la existencia de una situación colectiva–, cuyas particularidades son inmodificables por su propia voluntad o se relacionan con factores históricos de discriminación;
- ii) que dicho grupo se ha encontrado en una situación sistemática y generalizada de exclusión;
- iii) pudiendo ser –o no– histórica¹⁹;
- iv) que puede centrarse en una zona geográfica del Estado o manifestarse en todo su territorio; y,
- v) que se ejerce de hecho²⁰.

Con respecto a las minorías sexuales, se utilizó el término de discriminación estructural en el caso –ya mencionado– *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. En su considerando 92, la Corte resalta que:

La reproducción de estereotipos (...) están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (...),

19 Si bien la noción de discriminación estructural permite canalizar situaciones de grupos históricamente excluidos, no se agota en ellos. Por lo tanto, no resulta ser este un requisito esencial.

20 Sagüés, María Sofía. “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coordinadores). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia Interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro. 1ª. Ed. Querétaro, 2018.

particularmente relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGBTI²¹.

De ahí que, volviendo al artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, éste requiere un análisis diferenciado de su clásica concepción. Es decir, ya no puede aplicarse un derecho a ciegas de las particularidades que presentan y sufren determinados grupos. Dicha concepción –que es propia de la noción de la igualdad como la no discriminación o también llamada igualdad formal– falla en no considerar que la desigualdad no solo se manifiesta por la injusta distribución de los bienes, sino también por la falta de reconocimiento. Esta última –denominada igualdad como no sometimiento–, es planteada en términos de identidades dominantes, que someten y excluyen e identidades dominadas, que son sometidas y excluidas; incluso, comprende que la desigualdad no es producto de un orden natural, sino más bien producto de una estructuración social dada.

Además, esta discriminación como sujeción, pone especial atención en las denominadas categorías sospechosas como motivos de distinción, que son “(...) aquellas que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y (iii) no constituyen per se criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”²².

21 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párrafo 267.

22 Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín. “Hacia la reconstrucción de

Resulta claro pues, que la orientación sexual constituye una de estas.

Es por ello que, Fiss y MacKinnon rechazan la noción de igualdad como no discriminación porque, si bien no se opone a la idea de discriminación como no sometimiento, esta última incluye el dato sociológico de la situación del grupo desplazado por el grupo dominante, lo que vuelve a la primera incompleta²³.

Este nuevo fundamento presupone una Constitución como límite positivo y negativo, implicando que el Estado, no sólo se encarga de evitar tratos desiguales irrazonables, sino que también está obligado a hacer todo lo necesario para evitar la perpetuación de situaciones en las que personas que integran determinados colectivos han sido sistemática e históricamente excluidas por su pertenencia a los mismos²⁴.

Ahora bien –y para finalizar este capítulo– es importante remarcar que “esta clase de discriminación, practicada históricamente sobre mujeres, afrodescendientes, pueblos originarios, miembros del colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT), entre otros, requiere de medidas de acción positiva (...) y que (...) a diferencia del resto de las fórmulas de igualdad, esta no puede ser resuelta sin introducir la voz de los afectados y afectadas”²⁵.

las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”. En: *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 30.

23 Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2006.

24 Alegre, Marcelo. “El principio de igualdad”, en: Gargarella, Roberto (coordinador). *La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2011.

25 Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín. “Hacia la reconstrucción de

4. Gestación por sustitución: del acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos

La gestación por sustitución es una de las practicas existentes dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA)²⁶ que “(...) tiene la particularidad de comprometer el cuerpo y la salud de una tercera persona²⁷ (gestante), que está de acuerdo con otra o con una pareja (requerentes), para que esta/s alcance/n la maternidad y/o paternidad. Es decir, que involucra a una tercera persona – gestante– con quien el/la nacido/a no tendrá vínculo jurídico filial alguno, más allá del derecho ulterior a conocer su origen genético-gestacional”²⁸.

Pese al –correcto– intento de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCYCN– en el artículo

las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, l no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en: *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 33.

26 Reconocida como tercera fuente filial (por la voluntad procreacional) en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

27 Tercera para hacer referencia a que es ajena al proyecto familiar.

28 Vítola, Leonardo R. “Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. 2019. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

562²⁹ 30, se fracasó en su aprobación al ser quitada del texto definitivo en la Cámara de Senadores³¹. De esta forma, el derecho argentino adopta una posición abstencionista como resultado de los amplios debates (bio)éticos, morales y jurídicos que giran en torno a las particularidades de dicha técnica.

¿Qué sucede con el silencio y los derechos del colectivo LGBTI? Nuevamente, una gran tensión por omisión. Me explicaré.

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000017578d042785143ef13&docguid=iA6ECD5C3EE83DC27B4993D57D364F59D&hitguid=iA6ECD5C3EE83DC27B4993D57D364F59D&tocguid=&spos=5&epos=5&td=18&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&

29 Este decía: “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 solo 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, a 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”.

30 “Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación”. *Revista del notariado*. Buenos Aires, Argentina. 2017. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Consultado el 25/09/20.

31 Lamm, Eleonora. “Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. 2015. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

Conforme la Observación General No. 14 del CDESC³², el derecho a la salud sexual y reproductiva integra el derecho a la salud del art. 12 del PIDESC. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud sexual como “(...) un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”³³. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo define a la salud reproductiva como “(...) la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables (...) incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”³⁴.

Pese al contenido de la mencionada observación, el CDESC se vio en la necesidad de establecer una nueva, especificando lo relativo a estos derechos. Señala entonces, en la Observación No. 22, que: “4. En su observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017578e0e54086420bd7&docguid=iE2F4C06C898CCD1CFC385C50B0496A66&hitguid=iE2F4C06C898CCD1CFC385C50B0496A66&tocguid=&spos=47&epos=47&td=64&ao=i0ADFA B8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&cont ext=24&crumb-action=append&

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. 2000. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11.

33 Véase OMS, *Sexual Health, Human Rights and the Law*. 2015. Definición de trabajo de salud sexual, secc. 1.1.

34 Véase el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, cap. 7.

12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité ya abordó en parte la cuestión de la salud sexual y reproductiva. No obstante, habida cuenta de que continuaban las graves violaciones de ese derecho, el Comité considera que la cuestión requiere una observación general separada”³⁵.

El Comité señala que la salud sexual y reproductiva es un conjunto de libertades y derechos que implican: i) la libertad de adoptar elecciones sin ningún tipo de coacción, violencia y/o discriminación; ii) que las elecciones sean producto de la previa información; y, iii) el acceso irrestricto a establecimientos, bienes, servicios y técnicas (vinculado también al derecho a gozar de los avances científicos)³⁶. Sin embargo, se ven seriamente restringidos y “(...) sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Determinadas personas y grupos de población que sufren formas múltiples y concomitantes de discriminación que exacerbaban la exclusión en la legislación y en la práctica, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y las personas con discapacidad, tienen aún más restringido el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva”³⁷. Asimismo, remarca la indivisibilidad e interdependencia con los derechos humanos civiles y políticos, tales como la libertad, la autonomía, el respeto a la vida familiar, la igualdad y la no discriminación.

35 Véase la Observación General No. 22 (2016) del CDESC en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es. Consultado el 25/09/20.

36 El Artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

37 Ibidem.

Es interesante, el profundo acento que los expertos y expertas ponen en la no discriminación –formal y sustantiva– para garantizar el goce de estos derechos, haciendo especial mención al colectivo LGBTI (por lo que insta a los Estados a combatir la homofobia y transfobia)³⁸.

A nivel regional, solamente mencionaré (para no exceder el límite de este trabajo) que en la opinión consultiva OC-24/17³⁹, la CIDH elabora la misma con fundamentos en la O.G 22 ya mencionada⁴⁰, por lo que deja sentada la inclusión de los derechos sexuales y reproductivos dentro del derecho a la salud. Asimismo, se señala en la misma que para la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia”⁴¹.

A nivel nacional, tal como sostiene Paola Bergallo⁴², aunque los derechos sexuales y reproductivos no fueron considerados de manera expresa en el debate de la reforma constitucional del año 1994, su protección se expandió como consecuencia

38 Ibid. Punto 23.

39 Solicitada por la República de Costa Rica y referida a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, del 24 de noviembre de 2017.

40 En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la utilización de los fundamentos de un órgano de tratado de Derechos Humanos por otro, se conoce –desde la perspectiva pro persona– como “fertilización cruzada”.

41 Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007*, Volumen I-Regional, Washington D.C., 2007, Pág. 151, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

42 Véase Bergallo, Paola. “Derechos, Familia y reproducción”, en: *La constitución en 2020*.

de la ampliación del bloque de constitucionalidad mediante la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que trajeron consigo las nociones de interdependencia e integralidad. De esta forma, la constitución reformada sentó las bases para un cambio que –si bien comenzaba a visibilizarse–, encontró en el Poder Legislativo un espacio de discusión para expandir el contenido del mandato constitucional/convencional a los derechos sexuales y reproductivos. Pero, este tratamiento resultó ser parcializado, por “(...) el carácter poco inclusivo de las iniciativas (...) y (...) la falta de consideración cabal de niñas y niños, personas adultas mayores, discapacitadas, LGBT (lesbianas, gays, bisexuales transexuales y transgéneros), o pertenecientes a culturas no hegemónicas, y a la subregulación de cuestiones clave como la objeción de conciencia de quienes intermedian el acceso de los DR”⁴³.

Recapitulando, el trabajo de los órganos internacionales y de defensoras y defensores, en tanto guardianes de los derechos contenidos en los diferentes tratados, resultó de suma relevancia para entender que las temáticas sexuales y reproductivas son cuestiones de derechos humanos (y por ende, obligaciones jurídicas exigibles), tornando imposible la adopción de políticas públicas y prácticas médicas y sanitarias fuera del marco de: i) los derechos fundamentales, ii) participación ciudadana; y, iii) políticas sociales adaptadas, fundamentalmente, a las demandas de las mujeres y del colectivo LGBTI. Por ello, este proceso, hizo posible otorgar lugar a la justicia reproductiva como parte de la justicia social, en tanto se reconoce a la igualdad como cimiento para el reconocimiento y la reasignación de recursos en materia de salud⁴⁴.

43 Ibidem, pág. 68.

44 Véase Bergallo, Paola (compiladora). *Justicia, género y reproducción*. 1ª. Ed. Librería. Buenos Aires, 2010.

Aclarado entonces que los derechos sexuales y reproductivos son constitutivos del derecho a la salud (e indirectamente del derecho a formar una familia), deviene necesario destacar que este último, para el colectivo LGBTI, ha pasado del campo de la patologización (como enfermedad mental) al paradigma de los Derechos Humanos. Dicha variación, ha sido imprescindible para la inclusión y el reconocimiento.

Lo enfermo y anómalo era sostenido por un modelo médico hegemónico caracterizado por el individualismo, biologicismo, ahistoricidad, asociabilidad, autoritarismo, participación subordinada y pasiva del paciente y la asimetría⁴⁵ cuya “finalización” –en la República Argentina– la podemos ubicar en el año 2010 con la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618).

Este inicio de un nuevo paradigma basado en los Derechos Humanos no implica que haya derechos nuevos; por el contrario, son los mismos derechos, pero aplicados desde la perspectiva y necesidades propias del colectivo LGBTI. Empero,

(...) cuando se habla de estos derechos en general, toda la sociedad se reúne para exigir su respeto, pero, cuando se habla de los mismos derechos para personas LGBT, la sociedad los desconoce y algunos,

45 Bajo el modelo médico hegemónico este colectivo ha atravesado miradas burlescas, falta de atención, la responsabilización de las enfermedades por su identidad de género, violencia, horarios determinados de atención, así como salas específicas y la internación de mujeres trans en salas de varones y viceversa. Véase la página 100 % Diversidad y Derechos. “LGBTI. La salud, un derecho de todxs. Derechos LGBTI en los ámbitos de salud”. 2017. Recuperado de <https://100porciento.files.wordpress.com/2017/10/cuadernillo-salud-lgbti-final.pdf> Consultado el 26 de septiembre de 2020.

incluso, opinan que es aberrante su reconocimiento. Es el caso de varios derechos como, el de la familia, tan protegido por la Iglesia Católica en cuanto a las parejas heterosexuales, pero tan discutido y envilecido cuando se quiere aplicar a las personas homosexuales. Igual sucede con el derecho a la salud y a la integridad de las personas transexuales o el derecho a la expresión, entre otros⁴⁶.

En este marco, la gestación por sustitución (en tanto técnica de reproducción humana asistida) es una de las formas por las que se garantizan dichos derechos (salud sexual y reproductiva, el derecho a formar una familia⁴⁷, entre otros). Pero, por la omisión legislativa, en Argentina, estos derechos aparecen insatisfechos

46 Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Derechos Humanos y LGBT. Marco Legal en Colombia”, en: *Otros cuerpos, otras sexualidades...* Pág. 141.

47 Deviene necesario recordar que, el CCYCN, en su artículo 1 estipula como fuente a los tratados de derechos humanos, por lo que “ (...) el Código Civil y Comercial es el resultado de una lógica y necesaria tensión motorizada por la obligada perspectiva constitucional-convencional que se sintetiza en la puesta en jaque de la familia en singular, tradicional, excluyente, y su reemplazo por la idea de familias en plural, más contemporánea e inclusiva”. Herrera, Marisa. (2016) “La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 5. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

y violados⁴⁸. En particular, para las personas que pertenecen al mencionado grupo.

Y esto es así porque, si bien esta realidad también perjudica a las parejas heterosexuales –con algún tipo de dificultad– o personas que deciden llevar a cabo un proyecto familiar homoparental, las personas parte del mencionado colectivo deben, además, soportar las consecuencias ya aludidas de la discriminación estructural. Así, por ejemplo, para las parejas de dos hombres homosexuales no quedaría otra alternativa que lograr su proyecto familiar recurriendo al instituto de la adopción. O, lo que es otra realidad, las personas que integran el citado grupo, encuentran muchos obstáculos económicos producto de las barreras para acceder a un empleo⁴⁹ ⁵⁰, lo que conlleva la dificultad de poder costear dicha técnica en los países en lo que está permitida para luego establecer el vínculo filial,

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017578efd2d7cb0598e8&docgu
id=i9CD963BD1E5318192194D0B48A2C9FE6&hitguid=i9CD963BD1E531819
2194D0B48A2C9FE6&tocguid=&spos=31&epos=31&td=134&ao=i0ADFAB8A
C74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=4
0&crumb-action=append&

48 Esto no implica dejar de desconocer los avances legislativos para este colectivo en la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618), Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) y la Ley de Acceso y Cobertura de TRHA (Ley 26.862).

49 “Asimismo, como consecuencia de un sistema que se compromete sobre todo con la capacidad económica y con normas de género excluyentes, los servicios públicos básicos suelen resultar insensibles a las especificidades de diversos sectores sociales, lo cual se traduce en políticas condicionadas de acceso. El desconocimiento, prejuicio u hostilidad de los sistemas de salud y educativo, o del ámbito del trabajo y las políticas sociales –entre otros– impactan con intensidad en personas LGBTI, empujándolas al silencio, la marginación y/o la clandestinidad”. Fernández Valle, Mariano. “Breves apuntes a propósito de diversidades, sexualidades y derechos”, en: *La constitución en 2020...* Pág. 76.

50 Es para celebrar a nivel nacional el Decreto 721/2020 de Cupo Laboral para el Sector Público Nacional y a nivel provincial la Ley 14.783 de la Provincia de Buenos Aires.

conforme las reglas del derecho internacional privado (de acuerdo al art. 2634 del CCYCN).

Ahora bien, con todo lo dicho, es necesario aclarar dos grandes problemáticas que se presentan al momento de discutir la aplicación –o no– de dicha técnica: i) los debates en torno a su naturaleza y conveniencia; y, ii) su justiciabilidad (en tanto pertenece a la tan objetable –y ya superada– segunda categoría de derechos humanos).

Respecto de la primera, simplemente mencionaré las cuestiones que me parecen más debatibles:

- a) afectación a la dignidad del/la nacido/a por entenderse como un contrato de compra-venta;
- b) cosificación de la persona gestante;
- c) la determinación de la filiación;
- d) el arrepentimiento de las personas comitentes durante el periodo de gestación;
- e) la gestación social⁵¹;
- f) la necesidad –o no– del material genético de las personas comitentes;
- g) el derecho a conocer los orígenes;

51 Aquella que tiene lugar cuando las personas comitentes no tienen problemas de fertilidad pero que, por la razón que sea, deciden que otra persona lleve a cabo la gestación.

- h) roles y estereotipos sobre la maternidad;
- i) si debe ser altruista –o no–;
- j) su denominación⁵²;
- k) su régimen jurídico (¿es o no un contrato?);
- l) el derecho a formar una familia;
- m) la igualdad y la no discriminación;
- n) el derecho a la salud sexual y (no) reproductiva;
- ñ) utilización de los avances de la ciencia;
- o) interés superior del/la niño/a;
- p) la voluntad procreacional;
- q) autonomía de la voluntad;
- r) el rol de las obras sociales;
- s) el rol del estado en la satisfacción de la misma; y,
- t) las licencias laborales.

52 Algunas personas refieren a maternidad subrogada, lo cual es cuestionable porque, por un lado, al referirse a maternidad ya alude a un vínculo o rol que no se tendrá y, por otro, el término subrogada implica poner a alguien en lugar de otra persona.

Respecto de la segunda, me interesaría resaltar lo siguiente: frente al silencio de la ley argentina –que no permite ni rechazarlos/las interesados/as se han visto obligados/as a adoptar distintas estrategias para dar lugar a la filiación pretendida por la utilización de esta TRHA, de lo que resulta que, la más apropiada, es la declaración de inconstitucionalidad. Ello es así porque, el actual artículo 562 del CCYCN dispone que, el/la nacido/a es hijo/a de quien da a luz, resultando inaplicable a la técnica descrita (toda vez que la filiación estaría determinada con la persona gestante y no con las personas comitentes).

Si bien algunos/as autores/as sostienen que por los arts. 1 y 2 del CCYCN se llegaría a la misma solución afirmativa (sin necesidad de aplicar el remedio de “última ratio”), la declaración de inconstitucionalidad permite evidenciar la necesidad de un derecho adecuado a las demandas en materia de salud sexual y (no) reproductiva, máxime cuando los grupos demandantes han sido históricamente invisibilizados. En este sentido, necesitamos un derecho que abandone el reconocimiento por medio de enmiendas y responda y visible integralmente.

Sin embargo, ¿están los jueces y juezas preparados/as para este tipo de debate? ¿Puede el poder judicial resolver sobre derechos que tienen impacto en el presupuesto político? ¿Pueden las juezas y jueces decidir qué es lo “correcto”? ¿Pueden disponer la aplicación positiva para un caso y fallar lo contrario en otro? ¿Pueden los magistrados y magistradas suplir la voluntad legislativa?

Para dar –posibles– respuestas a las interrogantes planteadas, expondré el rol de los jueces y juezas, su problemática y distintas herramientas con las que cuentan para hacer del debate un espacio de inclusión, participación efectiva y construcción colectiva. El

cuestionamiento por su utilización, modos y oportunidades no serán abordados, dado que exceden el objeto del presente trabajo.

5. Control robusto de constitucionalidad: la conspiración (anti) democrática

Como señala Leticia Morales en *Derechos sociales constitucionales y democracia*⁵³, el constitucionalismo (como diseño institucional) se origina con las revoluciones liberales burguesas –principalmente la norteamericana, francesa e inglesa– hacia fines del siglo XVIII. Así, con los aportes liberales de Montesquieu, las ideas de igualdad de Tocqueville y las concepciones democráticas de Rousseau, surgieron las Constituciones de los Estados con derechos y libertades fundamentales. De dichos textos se extraen dos principios: el principio democrático por el que la ciudadanía es titular del poder constituyente y, el principio de supremacía constitucional que implica la sujeción de los poderes y las normas a la Constitución.

Ahora bien, para garantizar la mencionada supremacía de una Constitución, Juan Carlos Bayón sostiene que deben reunirse tres elementos esenciales⁵⁴: i) que los derechos que contenga (“catálogo de derechos básicos”) sean el límite al poder político; ii) cláusula de modificación agravada –o también conocida como el mecanismo de la rigidez–; y, iii) el control de constitucionalidad/convencionalidad de la legislación ordinaria.

53 Véase Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2015.

54 Véase Bayón, Juan Carlos en “Derechos y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. Betegón, J.; Laporta, F.; De Páramo, J. R.; y Pietro, L. (Eds.): *Constitución y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Pp. 67-138.

Me ocuparé de este último y, en particular, del denominado “robusto”.

El control de constitucionalidad/convencionalidad⁵⁵ de la legislación ordinaria “ (...) consiste en la revisión de la adecuación de las normas dictadas por las autoridades constituidas de un Estado con los requisitos establecidos en su Carta Magna”⁵⁶, el que será realizado por uno o más órganos del Poder Judicial (jurisdiccional) o por un órgano político. El primero de ellos –en lo que aquí nos interesa– puede ser, a su vez, débil o robusto (también llamado estricto o fuerte). El débil, es definido por Leticia Morales como aquel en el que “(...) se incorporan mecanismos jurídicos para que los legisladores puedan insistir en la defensa de una ley a pesar de que el órgano de control se haya pronunciado en contra de su constitucionalidad”⁵⁷. En otras palabras, el órgano competente realiza el control, pero sus pronunciamientos –no obstante tener ciertos efectos– (...) no son finales en tanto carecen de la autoridad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o para imponer sobre el resto

55 Como se mencionó en el capítulo anterior, a partir del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional –dispuesto por la reforma del año 1994–, se incorporan Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Esto da lugar al llamado “control de convencionalidad”, entendido como el control de compatibilidad –tanto en el Poder Judicial como Legislativo y Ejecutivo– entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares, por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de este texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo, por el otro. Lo mismo surge del –correcto– entendimiento de que las disposiciones contenidas en dichos Pactos son derechos positivo vigente.

56 Thea, Federico G y Kodelia Gonzalo S. “Control de Constitucionalidad”, en: Fernández, Alberto. *La justicia acusada*. Compilado por Fernández, Alberto; Benente, Mauro y Thea, Federico G. 1ª. ed. Sudamericana. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020. Pág. 320.

57 Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia...* Pág. 143.

de poderes públicos su interpretación acerca del contenido de los derechos (...)⁵⁸.

Por otro lado, encontramos el control robusto. El mismo se caracteriza por dotar al órgano competente de la potestad para pronunciarse con carácter final sobre la validez de las normas. Así, además de revisar que las leyes promulgadas por el poder legislativo o los actos administrativos del poder ejecutivo no violen la Constitución, los jueces realizan interpretaciones con fuerza de última palabra y “(...) sus decisiones determinan el significado para todos”⁵⁹.

De lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que, en Argentina, el control de constitucionalidad/convencionalidad⁶⁰ es:

- a) robusto;
- b) a posteriori, porque se realiza después de la promulgación de la norma con el objeto de neutralizar los efectos de su promulgación;
- c) se analiza dentro de un caso o controversia judicial en donde haya dos partes con intereses jurídicos contrapuestos;
- d) con efecto entre partes, porque “en principio”⁶¹ se restringen

58 Ibid. Pág. 144.

59 Gargarella, Roberto en Besson, S., y Marti, J. “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. (Eds.): *Deliberate Democracy and its Discontents*. Ashgate. Hampshire. Pág. 240.

60 Modelo importado de E.E.U.U., cuyo nacimiento tiene más de 200 años.

61 El entrecomillado para resaltar que hay casos (como los procesos colectivos) en donde los efectos abarcan a un número indeterminado de personas adquiriendo

al caso en particular, es decir, tiene efecto entre las partes involucradas en el caso donde se la declara;

- e) la declaración no genera la derogación de la norma, sino que no se aplica al caso concreto en donde se planteó;
- f) es considerado el remedio de última ratio; y,
- g) jurisdiccional difuso por estar atribuido (o auto atribuido) a los todos los jueces y todas las juezas –sean federales o locales, y de cualquier instancia–, aunque el Tribunal Supremo sea la autoridad máxima de interpretación de la Constitución.

Lo problemático es que, tal como lo exponen Federico G. Thea y Gonzalo S. Kodelia, “(...) la posibilidad del control de constitucionalidad suele fundarse en el artículo 31 CN, que consagra el principio de supremacía constitucional, y en el artículo 116 CN, que determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución”⁶². Afirman los autores que el “suele fundarse” es determinante atento a que es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación – en adelante CSJN– quien ha interpretado, desarrollado, sostenido y reafirmado –a partir de un caso jurisprudencial⁶³– que dicha facultad les pertenece. Por ello, suele decirse que es una auto adjudicación.

efecto *erga omnes*. Por ejemplo, el caso “Halabi”. Fallo CSJN 332-111.

62 *Control de Constitucionalidad...* Pág. 329.

63 El primer precedente relativo al control de constitucionalidad en nuestro país lo constituye el caso “Sojo”, Fallo CSJN 32:120.

De lo expuesto surge que, para cualquier ciudadano/a comprometido/a con la democracia y la participación igualitaria, el control judicial de constitucionalidad/convencionalidad vendría a ser un error o una conspiración institucional de difícil justificación.

En primer lugar, porque las juezas y los jueces no son elegidas/os para ocupar sus cargos, ni son responsables –no rinden cuentas– de sus acciones⁶⁴. Así, resulta “ofensivo” e “insultante”⁶⁵ para la ciudadanía que un –pequeño– número de magistrados/as decida –sin participación colectiva– invalidar sin más el resultado de un proceso de discusión social (objeción contra mayoritaria).

En segundo lugar, se trata –mayormente– de juezas y jueces elitistas cuyo ejercicio de la función es despersonalizado.

En tercer lugar, se adiciona que esos/as mismos/as jueces/zas ocupan un cargo que es vitalicio (ya que permanecen mientras dure su buena conducta).

En cuarto lugar, la Constitución está redactada –en su mayor parte– de manera amplia y con lenguaje vago/indeterminado, por lo que, frente a los casos que llegan a los tribunales, los jueces y juezas tienen un amplio margen de discreción para interpretar las normas constitucionales, lo que lleva –indefectiblemente– a rehacerlas a su gusto. En definitiva, tal como afirmó Hughes (gobernador de Nueva York que más tarde se convirtió en el

64 En un sistema de frenos y contrapesos, se resalta que, a diferencia de lo que sucede con el Poder Ejecutivo (cuya actividad está regulada estrictamente en la CN y normativa nacional más el posterior control judicial al que puede ser sometido) y Legislativo (por la facultad del ejecutivo en el art. 78 CN), el Judicial no está sujeto a controles.

65 Véase Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*. Editorial Siglo XXI, Editores Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos) nos rige una Constitución, pero la misma es lo que los jueces dicen que es (ya que se le hace decir lo que dicen quienes la controlan y dominan). Cabría preguntarnos entonces, cómo es posible –si lo es– que un reducido número de jueces y juezas crean resolver mejor que la ciudadanía los profundos desacuerdos sociales existentes en la sociedad⁶⁶ y llenar de contenido los términos –tan polémicos– como: “vida”, “salud”, “libertad de expresión”, “autonomía”, “igualdad”, entre otros.

En quinto lugar, producto del dinamismo social, lo que hasta ayer era constitucional puede que hoy ya no lo sea. Esto permite a las juezas y jueces cambiar de criterio con la mera manifestación de los motivos de tal proceder, lo que puede generar un progreso (por ejemplo, cuando producto de la inconstitucionalidad se reconocen derechos⁶⁷) o retroceso^{68 69}. A esta inseguridad jurídica en los criterios, se le adiciona la multiplicidad de intérpretes, ya que no solo la CSJN tiene la posibilidad de hacerlo, sino cualquier juez –de cualquier instancia– bajo una argumentación más o menos expositiva de las razones de apartamiento.

66 Ibid. Pág. 10.

67 Como lo acontecido en el la causa *D., J. E. y otro/a s/AUTORIZACION JUDICIAL* del Juzgado de Primera Instancia de Familia No. 8 de La Plata, donde se autoriza a realizar la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución.

68 Tal sería el *Caso “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”* donde la CSJN –confirmando la sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil– denegó el otorgamiento de personalidad jurídica a dicha Comunidad Homosexual, por entender que no tenía como objeto principal el bien común.

69 Waldron, citando a Black Jr., sostiene que la oposición a dicho control tiende a ser “una cosa esporádica” ya que la ciudadanía apoya los reducidos casos que valora y se les opone frente a soluciones deplorables. *Contra el gobierno de los jueces*. Pág. 59.

En sexto lugar, ya no es posible pensar en jueces apolíticos aplicando un –supuesto– derecho neutral cuando este ha sido –y es– creado desde y para una estructura de poder que, frente a reclamos sociales, adiciona parches con respuestas débiles y poco estructurales (convirtiéndolo en un campo de lucha –más que en una herramienta para luchar)⁷⁰.

Recapitulando, las –duras– observaciones realizadas sobre la potestad autoasignada de los jueces y las juezas, dejan entrever que el control de constitucionalidad/convencionalidad existente en la República Argentina –por el que se privilegia la voz de los/as magistrados/as– atenta contra los principios de igualdad y libre participación ciudadana, ya que se decide libremente sobre el contenido, dirección y aplicación de sus derechos.

De tal modo, cabe preguntarse cómo articular las mencionadas particularidades con las demandas de personas discriminadas y desterradas del debate, sobre todo cuando sus reclamos refieren a derechos tan discutidos.

6. La tutela judicial efectiva de los DESCAs frente a los mitos de su frustración

Actualmente, podríamos hablar de un Estado de Derechos Humanos, como versión superadora de aquel término “Estado de Derechos”, para aludir a aquellos países que respetan, protegen y realizan los derechos fundamentales de las personas. Pero esto

70 Véase Beguiristain, Camila D. *De la ficción del sexo y género femenino: una propuesta para su deconstrucción*. Microjuris, doctrina. Buenos Aires, Argentina. 2020. Recuperado de <https://ar.microjuris.com/docDetail2?Idx=MJ-DOC-15491-AR>.

no siempre es así –sobre todo con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1945 refiere en su preámbulo al advenimiento de un mundo en el que los seres humanos estén liberados del “temor” y de la “misericordia”, para hacer referencia a los derechos civiles y políticos y, a los económicos, sociales y culturales, respectivamente. Pese a ello, estos últimos derechos –los DESCAs– han sido objeto de duras críticas que han llevado a la confusión de su sustancia.

Se ha aludido a estos derechos como de “segunda categoría” cuyos contenidos son indeterminados o vagos, no justiciables, programáticos, de hacer y de grandes inversiones. Sin embargo, esta –falsa– separación no resistió mayor análisis y, aunque hoy no están libres de recelos, se los entiende –correctamente– de manera jerárquica, iguales a los de “primera categoría”⁷¹. En consecuencia, no es posible que los Estados justifiquen el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DESCAs, sobre todo cuando las obligaciones alegadas resultan de carácter inmediato –independientemente de los recursos de los que dispongan–, como lo es su responsabilidad por eliminar la discriminación⁷².

71 No es menor que, a nivel regional, tuvieron que pasar más de 37 años de funcionamiento de la Corte Interamericana para que, en el caso “Lagos del Campo” –del año 2017–, se declare la justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana, no solo en lo relativo a la progresividad, sino en las obligaciones de respeto y garantía de los DESCAs. Es por ello, que lo especial de este fallo radica en la esperanza de un análisis de los derechos sociales con fuerza obligacional hacia las autoridades nacionales, para que estos derechos sean tomados en serio y se fortalezca con ello el sistema democrático.

72 “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las

No obstante, los mayores límites los encontramos en el poder judicial: la actitud adoptada por los tribunales de justicia ha sido la de abstenerse a resolver los casos que involucran a los DESCA, en el entendimiento de que son cuestiones políticas no justiciables por entrometer el presupuesto y el diseño de políticas públicas. De esta manera, la situación de los postergados se vuelve realmente preocupante, porque por un lado los poderes políticos no encienden los compromisos sociales de la constitución y los Tratados Internacionales y, por otro, los tribunales no se consideran (opinión también compartida por académicos/as y parte de la ciudadanía) autorizados para hacerlo.

Pero, lo que los jueces y juezas aún no logran vislumbrar es que su intervención lograría mitigar o contrarrestar las falencias legislativas –denominadas puntos ciegos y cargas de inercia (tal como ocurre en el caso de la gestación por sustitución)–.

obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Recuperado de: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11.

De acuerdo a Rosalind Dixon⁷³, en el proceso deliberativo pueden ocurrir los siguientes puntos ciegos: a) de aplicación, lo que lleva a que por presiones de tiempo o condicionamientos de racionalidad las legislaturas estipulen leyes que no sean conformes a derecho; b) de perspectiva, cuando no logran prever el impacto de sus leyes sobre el ejercicio de los derechos de la ciudadanía; y c) de acomodamiento, cuando en su afán de alcanzar ciertos objetivos, se desplazan otros.

Asimismo, las cargas de inercia pueden ser: a) de prioridad, cuando la legislatura pasa por alto ciertas demandas de derechos debido a la existencia de otras prioridades de mayor relevancia electoral; b) de coalición, cuando el asunto divide al partido que detenta el control de la legislatura, por lo que la demanda impone altos costos internos en la integridad del partido como precio para alcanzar cierto resultado; y, c) de burocracia, cuando frente a una demanda compleja se presenta la demora administrativa y la falta de una adecuada supervisión.

Dados los puntos ciegos, y las cargas de inercia que atentan contra la satisfacción de derechos socioeconómicos (...), el potencial de los tribunales (...) para ayudar a contrarrestar este tipo de falencia legislativa (...) “resulta crucial” (...) cuando los tribunales deciden tomar partido por la revisión judicial en cierto sentido pasan a tener la responsabilidad directa de usar sus facultades (...) comunicativas y fácticas en todo su alcance con el propósito de contrarrestar puntos ciegos y cargas de inercia, aunque, desde luego, dentro de las limitaciones

73 Véase Dixon, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en: Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2014.

que impone el compromiso del sistema democrático en su conjunto.⁷⁴

De esta manera, y en consonancia con el aumento de sentencias activistas de protección de los DESCAs en América Latina, surge que el control judicial frente a la omisión del poder político es clave, ya que le brinda a la ciudadanía la oportunidad concreta y efectiva de ser oída y participe en las decisiones que versan sobre sus derechos⁷⁵. Así, a través de un proceso de deliberación en donde son escuchadas las razones de las personas y se toman decisiones justificadas en derecho, se permitiría descubrir y combatir patologías del sistema político, sobre todo cuando las mayorías parlamentarias son afines a un Poder Ejecutivo que niega las obligaciones constitucionales/convencionales en materia de derechos socioeconómicos y, más aún, cuando estos derechos involucran colectivos fuertemente discriminados y excluidos.

Entonces, si bien: “(...) las objeciones a la ‘judicialización de la política’ y los problemas que identifica la teoría constitucional son claros (...) el problema que subsiste es hacer frente a un contexto en el cual quienes nos gobiernan ignoran los mandatos constitucionales en forma sistemática y persistente. Frente a este problema, es necesario repensar cómo proceder ante prácticas ilegales tendientes a neutralizar mecanismos de control del poder que diseñan nuestros constituyentes y legisladores”⁷⁶.

74 Ibid. Págs. 75 y 76.

75 Véase Elías, José Sebastián. “El control judicial de constitucionalidad”, en: Gargarella, Roberto (coordinador). *La constitución en 2020...*

76 Sigal, Martín. “El control judicial del cumplimiento de la constitución y la ley”, en: Gargarella, Roberto *La constitución en 2020...* Pág. 304.

En ese marco, y dado que:

(...) en un régimen democrático no solo importa qué se decide a través del procedimiento de decisiones, sino quién decide, y cómo se decide (...) y dado que no es posible ponerse de acuerdo entre todos y todas sobre lo que exige la justicia respecto del contenido de las decisiones políticas colectivas (extremo que es asumido por la existencia de desacuerdos persistentes sobre cuestiones fundamentales de la vida en sociedad), se torna relevante para la legitimidad del procedimiento que todos tengamos la posibilidad de participar y, de ese modo, justificar la autoridad del órgano que adopta las decisiones⁷⁷.

Cabría preguntarnos entonces, como sortear los inconvenientes de un control de constitucionalidad con las características que presenta en la República Argentina (mencionadas en el capítulo anterior) para: a) mover los obstáculos que impiden el accionar de la legislatura (inconstitucionalidad por omisión); b) garantizar la participación cuando corresponden a colectivos discriminados estructuralmente; c) oír a las personas afectadas; y, d) garantizar el cumplimiento de los DESCA.

7. La otra alternativa: lo colectivo y lo dialógico para la resolución de conflictos público-político omisivos

Como explica Sofía Sagüés, frente a un conflicto cuya causa es una lesión estructural, necesariamente debemos llevar a

77 Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Pág. 276.

cabo un proceso estructural⁷⁸ cuya resolución logre sanear y transformar⁷⁹.

En este sentido, en nuestro país, los juzgados de familia de primera instancia han dictado numerosas sentencias declarando la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCYCN⁸⁰, permitiendo con ello la realización de la TRHA de gestación por sustitución y determinando la filiación del/la nacido/a con las personas comitentes.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN–, en tanto máximo tribunal de justicia, aún no se ha expedido y se encuentra frente al desafío de resolver dos causas que, a esta fecha, se encuentran en su despacho y corresponden al pedido realizado por dos parejas de hombres homosexuales⁸¹. Su resolución será de alta repercusión, ya que si bien nuestro sistema se caracteriza por ser difuso y no – estrictamente– obligatorio para los órganos inferiores, la decisión que se emita marcará el camino.

78 César Rodríguez Garavito entiende que los casos estructurales son lo que: a) afectan a un gran número de personas, que denuncian por sí o por medio de organizaciones, b) involucran varios organismos o departamentos del Estado que son responsables de las fallas de las políticas públicas y, c) se resuelven mediante medidas estructurales. Y afirma: “En América Latina, el activismo judicial con relación a los DESC ha adquirido una mayor relevancia pública en las dos últimas décadas y ha recibido diferentes nombres: ‘litigio estratégico’ (...) ‘casos colectivos’”. Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica...* Pág. 214.

79 Véase Sagüés, Sofía. “Discriminación estructural. Inclusión y litigio estratégico”, en Ferrer Mac–Gregor (et al). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Págs. 129 a 178.

80 Por ejemplo, el Juzgado de Familia No. 8 de La Plata en la *Causa “D., J. E. y otro/a s/AUTORIZACION JUDICIAL”*.

81 La aclaración hace al fin del trabajo, que es trabajar sobre el colectivo LGBTI.

¿Cómo lograr una respuesta que haga eco de las demandas sociales y exhorte al diseño de una política pública en términos de igualdad y no discriminación cuando nos encontramos frente a una estructura que fue pensada para conflictos individuales, patrimoniales y para hombres heterosexuales, blancos y propietarios? Recurriendo pues, a instrumentos de discusión democrática.

De esta manera, con las dos causas mencionadas, el máximo tribunal de justicia podría resolver la cuestión con una sentencia que declare la inconstitucionalidad en línea con lo decidido por los juzgados de familia y que constituya un “precedente” para la resolución de futuros casos, ya que aun mediante un litigio individual se puede resolver un asunto estructural.

En caso que la CSJN sostenga la constitucionalidad en clave individual, partiendo del dato cuantitativo (las personas afectadas que pertenecen al grupo LGBTI) y cualitativo (omisión legislativa que afecta a los derechos de un grupo que sufre discriminación estructural), resulta claro y conveniente que la acción y discusión que se lleve adelante sea del tipo colectiva (regulada a partir de la reforma constitucional del año 1994 en el artículo 43 C.N.), en donde se discuta la inconstitucionalidad del mencionado artículo 562 CCYCN y la omisión legislativa como violatoria de los derechos del conjunto de las personas históricamente excluidas. De este modo, los procesos colectivos, además de tener alto impacto político “(...) operan como instrumento de acceso a la justicia venciendo, además, barreras socioculturales y no solo económicas”⁸².

82 Verbic, Francisco. *Más allá del papel. Lecturas críticas sobre procesos colectivos*. 1ª. Ed. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020. Pág. 37.

En las opciones mencionadas (los casos individuales existentes o futuros colectivos), lo que no debería faltar –para otorgar legitimidad a una estructura que no fue pensada para discutir conflictos de este tipo (en donde el objeto de la pretensión involucra a la política pública)–, son mecanismos que permitan oír a las personas afectadas y personas expertas con conocimiento en la materia.

De esta manera, y dada la multiplicidad de puntos a debatir –mencionados en el punto 4– deberían –de mínima– celebrarse audiencias públicas con la efectiva participación, no sólo de las personas involucradas, sino también de distintos/as profesionales con conocimientos específicos en el tema (tales como sociólogos/as, psicólogos/as, médicas/os, entre otros/as), para robustecerlo –y nutrir a quienes decidan– desde la interdisciplinariedad. Sobre todo, en los procesos colectivos, dado que, como ya se mencionó, estos conflictos “(...) llevan a soluciones de un enorme impacto político, económico, cultural y social” por lo que “el trámite para procesarlos debería ser mucho más transparente, mucho más abierto, mucho más participativo”⁸³. Esto es lo que el Estado les debe, cuando menos, a las personas desventajadas.

Cabe pensar entonces cómo lograr una adecuada y efectiva resolución –que no quede solamente plasmada en un papel– frente al control de constitucionalidad con las características planteadas, porque “(...) tal vez nuestros problemas en esta materia no tengan tanto que ver con el modelo, sino más bien con cuestiones de prácticas institucionales”⁸⁴.

Propongo entonces, lo que autores y autoras –tales como Roberto Gargarella, César Rodríguez Garavito, Rosalind Dixon,

83 Ibid. Pág. 68.

84 Ibid. Pág. 67.

Paola Bergallo, entre otros/as– ya han venido planteando en el derecho constitucional: la justicia dialógica.

En este sentido, y dado que los magistrados y las magistradas no rinden cuentas, la única forma con la que contamos para verificar su accionar es su actitud en el desarrollo de los procesos de relevancia institucional y la justificación que utilizan en sus sentencias. De este modo, y para poder arribar a una solución legítima –la que dependerá del grado de participación que han tenido los/as afectados/as en el proceso de toma de decisión y su influencia en el resultado⁸⁵– que justifique la intervención judicial en cuestiones de derecho social, es necesario que las juezas y los jueces no se arroguen la decisión final por la gravedad del problema y las dudas y dificultades existentes sobre el mismo, lo que les impide dictar un fallo con independencia de las demás ramas del poder (es decir, se les veta la imposición de decisiones “desde arriba”).

Por lo dicho, resulta importante abandonar aquella idea tajante y cerrada de la división estricta de los poderes, para abordar en el terreno de la cooperación, del diálogo, de la ayuda y del aprendizaje. Así, el Poder Judicial, en contraste con el sistema de frenos y contrapesos, arribará a soluciones que sean producto de procesos de toma de decisiones bajo un diálogo inclusivo de intercambio de razones, porque “(...) mientras ese sistema (...) se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el diálogo requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales”⁸⁶.

85 Salmón, Elizabeth. “Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH”, en: Ferrer Mac–Gregor (et al), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 119.

86 Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico...” en Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica...* Pág. 125.

Por ello, los frenos y contrapesos reclaman –más que impedir–, un crece recíproco entre los poderes donde se discuta y escuche con el fin de obtener información, corregir errores, plantear posiciones argumentadas y aceptar la postura que resulte ser más adecuada desde la razón pública. Por consiguiente, en periodos marcados por antagonismos políticos, “(...) los acuerdos ‘conversacionales’ ahuyentan los temores y las críticas (...)”⁸⁷; y, en este sentido la pregunta “(...) no es si la justicia puede interferir, sino cuándo y hasta dónde”⁸⁸.

Este tipo de metodología de trabajo y actitud judicial, adquiere especial importancia cuando el caso a resolver, además de involucrar sujetos desventajados estructuralmente, pone en entredicho derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esto se debe a la supuesta afectación de la –ya mencionada– división de poderes y a la falta de capacidad institucional de los tribunales para ocuparse de problemas socioeconómicos. Por ello, es imprescindible –y obligatorio– que cuando el caso involucre este tipo de cuestiones, en donde se requiere de conocimientos técnicos y sociológicos, los jueces y juezas procedan con una conducta dialógica para reforzar la legitimidad democrática y evitar la imposición de políticas particulares y reformas institucionales.

Para cumplir con los fines esperados, tal como señala César Rodríguez Garavito, en materia de derechos sociales y activismo dialógico, resultan importantes las decisiones tomadas por los tribunales en cuanto a: a) el contenido sustantivo, b) medidas judiciales; y, c) mecanismos de seguimiento.

87 Ibid. Pág. 122.

88 Gargarella, Roberto. “Una reforma judicial escrita a espaldas del pueblo”. 2020. Pressreader. Recuperado de: <https://www.pressreader.com/argentina/lanacion/20200907/281878710776982?fbclid=IwAR0msryErzqrXUWXHeN9tE1Ddiv7TyfpuSRxRFugeZ5ep333LSW-tFtQS7I>.

Así, en cuanto al punto “a” se debe confirmar la exigibilidad de los DESC y determinar su alcance (pudiendo ser débil o fuerte⁸⁹); en el “b”, a diferencia de las sentencias monológicas, se debe dejar a los organismos públicos electos diseñar y poner en práctica las políticas públicas –con un marco claro para medir el progreso–⁹⁰; y, “c” supervisar activamente la ejecución por mecanismos participativos (como audiencias públicas, informes de avances, entre otros)⁹¹.

Este último punto, merece particular atención dado que, pese al avance en el alcance conceptual y aplicabilidad de los DESC, se ha generado un punto ciego en la fase de cumplimiento de las sentencias, toda vez que no se exhorta con la debida coacción al poder político y se cae, nuevamente, en el desplazamiento de la cuestión.

Para ello, y atento al caso particular de gestación por sustitución, es fundamental que los tribunales de justicia apliquen medidas coercitivas temporales, dado que sin ellas se socava la capacidad de contrarrestar los puntos ciegos y cargas de inercia de la legislatura, que –ocupada en otras cuestiones políticas– tendría pocos incentivos para otorgarle prioridad al asunto. Por esta razón, de no utilizarse las medias disciplinarias, los tribunales adoptarán una actitud pasiva que hará aún más arduo

89 Para Rosalind Dixon (que toma a Sadurski) dependerá de las circunstancias constitucionales particulares del caso y para César Rodríguez Garavito, la justiciabilidad activista implicará siempre reconocer derechos fuertes.

90 Rosalind Dixon sostiene que en caso de que la causa involucre la dimensión positiva de derechos socioeconómicos, la perspectiva dialógica debería tomar una posición más cauta al momento de definir su alcance, el que dependerá del grado de conocimiento que se obtenga sobre la materia (como el peso presupuestario que acarrearía) y, porque tomar una posición más amplia podría revertirse, lo que no resulta fácil cuando se establecen planes fijos de ejecución.

91 Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico...”, en: Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica...* Págs. 211 a 244.

el reclamo de los afectados, afectadas y movimientos sociales. Es por ello, que la teoría del diálogo compele a que los jueces y las juezas intervengan, al mismo tiempo, de manera coercitiva y comunicativa para superar la resistencia política.

Queda pues, en manos de los magistrados y las magistradas de la CSJN, resolver los –actuales o futuros– conflictos bajo esta óptica conversacional.

8. Corolario

Existen, al día de hoy, grupos que han estado históricamente invisibilizados, desventajados y excluidos del debate y del disfrute de los derechos humanos.

Sin embargo –y como consecuencia de la falta de reconocimiento–, la movilización social llevada a cabo por la ciudadanía comprometida (sobre todo el movimiento feminista) con la igualdad –formal y sustancial– y los derechos fundamentales, ha sido trascendental. De esta manera, se ha logrado decodificar la dualidad pública-privada, en el entendimiento de que ésta ha sido el comodín que volvió imperceptibles las injusticias sociales. Así, la opresión de aquello que no tiene nombre en la normativa, ya no resulta un camino posible.

Por el contrario, resulta aún más imperioso romper el silencio en los casos de violencia estructural-cultural que el derecho ha generado y va generando con los vacíos legales de reconocimiento y protección. Por consiguiente, la complejidad del sistema de dominación requiere que los arreglos se compongan de medidas transformadoras y permanentes que se traduzcan en políticas públicas de alto impacto y sostenibilidad, que garanticen el respeto y goce de los derechos sin discriminación.

Para ello necesitamos discusiones abiertas y transparentes que incluyan a quienes han estado –y están– fuera de la discusión a la espera de ser visibilizados/as y escuchados/as para lograr, no solamente su incorporación como sujetos y sujetas de derechos, sino también, el diseño de leyes y –las mencionadas– políticas públicas que respondan a sus necesidades.

En este sentido, la gestación por sustitución es una realidad actual; ocurre y seguirá ocurriendo sin un marco legal claro, ampliando las posibilidades de perjuicios (tales como la indeterminación de la filiación para la persona recién nacida, largos y costosos procesos de impugnación de la maternidad, entre otros). Pero, y, sobre todo, atenta –una vez más– contra los/las más desventajados/as, al vulnerar sus derechos humanos sexuales y (no) reproductivos y otro conjunto de derechos vinculados e interrelacionados (tales como el derecho a formar una familia).

En consecuencia, la ausencia de una política que active los derechos constitucionales y convencionales, y que haga eco de una justicia reproductiva –como integrante de la justicia social–, requiere de un poder judicial comprometido. Este impulso, además de apartar los obstáculos presentes, evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones frente a las personas –como verdaderas titulares de derechos–.

Empero, contra las numerosas objeciones del control de constitucionalidad que ejerce este poder del Estado (en este caso al artículo 562 CCYCN), resulta necesario la adopción de una actitud dialógica comprensible por la ciudadanía y coactiva que, ante la omisión, movilice a la legislatura a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales constitucionales y convencionales, abandonando para ello la estricta concepción de

la división de poderes y el entendimiento del derecho como un marco neutral y apolítico. Ahora bien, afirmar la aptitud del poder judicial para sortear dichas dificultades, no implica, de ningún modo, desconocer las fallas existentes. La regulación, utilización y eficacia de las herramientas que contribuyen al diálogo, así como la esencia misma del poder judicial⁹², requieren también de un cambio estructural.

Con todo, ante una cuestión de relevancia institucional como la gestación por sustitución, el resultado del debate colaborativo, público e interdisciplinario (que haya contado con la presencia de las partes afectadas, de la sociedad civil, de los distintos organismos del Estado, de profesionales, de *amicus curiae*) debe reflejar un desenlace ajustado a las necesidades demandadas y los argumentos esgrimidos por las distintas partes intervinientes, sobre la base de la mayor consideración de los otorgados por el grupo afectado y obligaciones internacionales asumidas. Para lograrlo, es preciso reemplazar la última palabra impositiva por una exhortación de acción bajo límites temporales, que logre correr los puntos ciegos y las cargas de inercia del poder político. Este gran desafío, queda entonces, en cabeza de la CSJN. Su actitud ante el mismo, demostrará su compromiso con las exigencias público sociales.

Finalmente, debemos recordar la necesidad de *reformular para transformar*⁹³ en miras de obtener una mayor protección para personas tan e igual de humanas como de las que se ha ocupado el derecho durante tanto tiempo. De este modo, de esta

92 El Poder Judicial, también debe ser reformado para adaptarse al mencionado enforque de derechos humanos. En este sentido, admitir el procedimiento de inconstitucionalidad existente que cumpla con los fines propuestos, requiere de la revisión y modificación de todos y cada uno de los puntos problemáticos mencionados. Esta será la verdadera reforma judicial.

93 Herrera, Marisa. *La enseñanza del derecho de las familias...* Pág. 9.

manera, por procesos colectivos de democratización, arribaremos a la igualdad en planificación, participación, goce y ejercicio de derechos.