

**Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia
3ra Cohorte**

**EL DERECHO A LA VIDA ÍNTIMA Y FAMILIAR. ALCANCES Y LÍMITES
DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL CON ES-
PECIAL FOCO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA.**

Maestrando: Ab. Fermina Mauriño
D.N. I. N° 34.425.340
Directora de Tesis: Dra. Mónica Andrea Anís

Corrientes, septiembre del año 2021

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	5
Planteo del problema.....	7
Marco de referencia conceptual.....	11
La formulación de las hipótesis sustantivas.....	15
Formulación de los objetivos.....	16
Materiales y métodos.....	17
CAPÍTULO II: EL DERECHO A PROCREAR Y FUNDAR UNA FAMILIA. LOS DERECHOS HUMANOS QUE FUNDAN LA REFORMA DEL C.C. Y C. N.....	19
Introducción.....	19
El principio de Igualdad que rige la reforma.....	22
- <i>El Principio de igualdad y de no discriminación de acuerdo a los parámetros Constitucionales e internacionales.....</i>	24
- <i>Desigualdad Estructural.....</i>	26
- <i>Derecho a no ser discriminado vinculado a las TRHA.....</i>	37
El derecho a formar una familia.....	40
Derecho a la privacidad y a la autonomía personal.....	42
Derechos sexuales y reproductivos.....	47
Derecho a gozar de los avances científicos.....	54
Conclusión.....	56
CAPÍTULO III: FILIACIÓN. LAS TRHA COMO TERCERA FUENTE FILIAL. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL.....	59
Introducción.....	59
Filiación.....	64

El Instituto de Filiación antes y después de la reforma.....	66
La regla del doble vínculo filial del Art. 558 C. C. y C.N.....	69
Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. La voluntad procreacional como causa fuente de la filiación por TRHA.....	72
Consentimiento previo, libre e informado.....	76
Derecho a la información.....	79
Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.....	85
La Ley N° 26.862 de Acceso Integral a las TRHA	86
Conclusión.....	88
CAPÍTULO IV: ESTATUS DEL EMBRIÓN. IMPLICANCIAS DEL ESTATUS DEL EMBRIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	
91	
Introducción.....	91
El régimen jurídico argentino antes del Código Civil y Comercial de la Nación..	93
Consideraciones previas – Aspectos bioéticos.....	96
- <i>Breve exposición de la doctrina de la concepción entendida como sinónimo de fecundación. Jurisprudencia.....</i>	98
- <i>Doctrina de la concepción entendida como implantación</i>	102
El Fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo”.....	106
El art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Evolución del anteproyecto	110
Interpretación sistemática.....	112
La necesidad de una ley especial de TRHA.....	115
Conclusión.....	120
CAPÍTULO V: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	
123	
Introducción.....	123

La Gestación por Sustitución como TRHA especial. Concepto, modalidades y terminología.....	125
Sistemas en el Derecho Comparado.....	128
Principales argumentos a favor y en contra de la regulación de la gestación por sustitución.....	130
La gestación por Sustitución en Argentina.....	132
- <i>El Código Civil y Comercial – ¿Evolución? del Anteproyecto....</i>	133
- <i>El art. 562 del Código. El debate sobre la necesidad de declarar - o no - su inconstitucionalidad.....</i>	137
- <i>El riesgo de no regular la figura.....</i>	140
- <i>Proyectos de ley para regular la GS posteriores al C.C. y C.N....</i>	142
Conclusiones.....	151
CAPÍTULO VI: EL DIAGNOSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL Y COBERTURA MÉDICA.....	155
Introducción.....	155
Las TRHA en nuestro Ordenamiento Normativo.....	156
El Diagnóstico genético preimplantacional (DGP).....	158
El problema de su falta de legislación y cobertura médica.....	161
Conclusión.....	162
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFÍA.....	170
ANEXO.....	178

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida íntima y familiar se encuentra reconocido como derecho humano fundamental tanto a nivel nacional como internacional. Empero, el avance de la tecnología y la ciencia médica en materia de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), han dotado a este derecho de una nueva y muy amplia dimensión. El desarrollo de las TRHA ha generado lo que se conoce como la revolución reproductiva, la procreación ya no está necesariamente vinculada a las relaciones sexuales¹ entre un hombre y una mujer. Como consecuencia, han cambiado ciertos paradigmas fuertemente instalados en nuestra sociedad, llevando a la doctrina a interpretar ciertos derechos de manera más amplia y a la modificación de nuestra legislación.

No puede negarse que el desarrollo de las TRHA responde a los cambios en las relaciones de familia y las necesidades de nuestra sociedad, brindando a quienes se encuentran imposibilitados de concebir, una solución superadora de los límites para la procreación². Las personas que desean tener hijos y no pueden, padecen un gran sufrimiento, muchas veces acarreando un sentimiento de frustración personal que conlleva a la ruptura de sus planes de vida. Y es allí en donde las TRHA vienen a jugar un papel crucial, por cuanto permite a aquellas personas y parejas que por impedimentos biológicos no pueden vivir el proceso del embarazo o de concebir un hijo con su carga genética, concretar su deseo. Como consecuencia de estos cambios, al día de hoy se reconocen derechos humanos vinculados al alcance del cumplimiento de objetivos de vida que hacen a la salud

¹ Lamm, E. (2013). Gestación por Sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Observatorio de Bioética y Derecho. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

² López Gálvez, J. J.; Moreno García J. M. (2015). ¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

integral de las personas³. Ya no puede desconocerse la importancia que puede tener el hecho de formar una familia en igualdad de condiciones y decidir sobre procrear o no procrear. La maternidad y la paternidad son experiencias que pueden marcar la vida de las personas y tienen gran implicancia social, por lo que el derecho de familia se ocupa precisamente de regularlas. No obstante, cabe preguntarse hasta donde podemos llegar con tal de concretar ese proyecto de vida autorreferencial. La ciencia médica avanza a pasos agigantados rompiendo los límites de lo “humanamente posible” y constantemente se formulan interrogantes que necesariamente deben ser analizados a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea⁴.

El derecho argentino, en el marco de los derechos humanos contemplados por nuestro bloque constitucional (Constitución Nacional y Tratados, Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos) protege el derecho a la libertad - incluida la libertad reproductiva-, a la privacidad, a la vida familiar, a la salud - tanto física como psíquica-, a gozar de los avances científicos y tecnológicos, a la igualdad y a la no discriminación. Ahora bien, es necesario analizar si la protección de tales derechos significa el reconocimiento del derecho a formar una familia o el derecho a procrear, y en su caso, evaluar cuáles son los alcances de ese derecho.

³ Ver definición de la OMS de Salud Integral.

⁴ “Como puede deducirse la bioética brinda una reflexión cuidadosa sobre el ser humano, sus acciones y sus valores. Al hacerlo, presenta al ser humano con sus dilemas contemporáneos. Pese a que la bioética no se agota en esto (hay reflexiones dirigidas a cuestiones no humanas) no se puede negar que uno de sus centros es la persona y sus acciones; acciones de índole bastante específica como son las actividades médicas o la experimentación biomédica. Aunque estas acciones se analizan a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea, no cabe duda de que ponen de manifiesto una cierta percepción de qué sea el ser humano, cómo actúa, cuáles son sus problemas. Permite, por ejemplo, observar cómo cierta reconsideración de los valores conlleva un cambio de actitudes, cómo de respuestas de sumisión y verticalidad con el otro se está pasando a actitudes de respeto de sí y del otro, y a una mayor horizontalización en las relaciones con los semejantes (entre ellos con el médico). La bioética, por otra parte, analiza ciertas etapas vitales por las que pasan las personas a la luz de desarrollos tecnológicos o innovaciones sociales que ponen de relieve la pregunta por el ser del hombre desde la inserción o el impacto de una tecnología en especial: la técnica médica. Se formulan planteos respecto del comienzo de la vida, reflexiones acerca de ciertas etapas cruciales del desarrollo humano y dudas en relación al final de la existencia”. Luna, F. (2008). Nuevas dimensiones para la bioética: Antropología filosófica y bioética. Revista de Bioética y Derecho N°14, p 10.

Cabe aclarar que en la presente tesis no se desarrollará el tema de la Filiación por Adopción en particular, fuente de filiación que también ha sido modificada en el Código Civil y Comercial, y que tiene relación con el derecho a la vida familiar, pero que sería difícil de abarcar responsablemente en los límites de extensión de tesis establecidos. Por ello, y siguiendo el tema planteado, se hará foco en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como nueva fuente filial.

Planteo del problema

Como se ha dicho antes, desde la perspectiva constitucional y convencional, el derecho argentino protege el derecho a la vida íntima y familiar, a la libertad -incluida la libertad reproductiva-, a la privacidad, a la salud - tanto física como psíquica-, a gozar de los avances científicos y tecnológicos, a la igualdad y a la no discriminación. Por lo cual, gran parte de la doctrina interpreta que las personas tienen derecho a concretar su proyecto de vida auto referencial y a armar el diseño familiar en igualdad de condiciones y sin ser discriminados. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida y existe un cierto temor a reconocer la existencia de un derecho a “procrear”, y en su caso establecer cuál es su alcance.

Cabe decir que el contenido primordial de la noción de derechos reproductivos es el derecho a procrear, como derecho humano básico. El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre, sin injerencias externas, con la información y los medios adecuados para su realización⁵. Y como se ha adelantado, en pos de dar respuesta a los problemas de fertilidad que afrontan muchas personas que in-

⁵ Farnós Amorós E. (2015) La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación y necesidad de armonización. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

tentan tener hijos biológicos⁶, el avance de la ciencia y la tecnología ha permitido desarrollar técnicas de reproducción humana que, en algunos casos, implican la unión de gametos fuera del tracto reproductor femenino - in vitro- para su posterior implantación. El desarrollo de estas prácticas ha tenido un gran impacto en la realización de los proyectos de vida tanto de parejas heterosexuales como de un mismo sexo, y personas sin pareja que desean formar una familia monoparental, quienes han encontrado en estas técnicas la vía para concretar su anhelo de ser padres.

En respuesta a estas nuevas formas de concebir una familia, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina incorporó grandes reformas, abrazando las necesidades de la sociedad actual y compatibilizando el derecho privado de nuestro país con los tratados que forman parte del llamado bloque constitucional⁷. Una de las novedades que introdujo el nuevo Código al respecto es la creación de una tercera fuente filial: la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), cuya principal característica consiste en que el vínculo jurídico se funda en el elemento volitivo⁸, denominado en nuestro derecho *voluntad pro creacional*, a diferencia de la filiación por naturaleza la cual se determina por el elemento biológico. Este es uno de los pilares sobre los cuales se edifica la reforma.

⁶ “Además, a la infertilidad en sentido médico se suman ahora otras causas de infertilidad, como las derivadas del aplazamiento de la maternidad por factores sociales (infertilidad social), las que resultan de no formar parte de una relación heterosexual (infertilidad estructural) o las derivadas del padecimiento de ciertas enfermedades o del sometimiento a tratamientos médicos agresivos con el fin de combatirlas (oncoinfertilidad)” Benavente Moreda, P. - Farnós Amorós, E. (2015). “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, en Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (Estudio doctrinal), Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, junio de 2015, pp. 175-201.

⁷ “Los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994 han cominado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” le pertenece a uno de los recordados maestros del derecho constitucional que, no por casualidad, se interesó en los conflictos de familia”. Herrera, M. (2013) Sobre familias en plural: reformar para transformar; Universidad de Ciencias Editoriales y Empresariales; Revista Jurídica; 17; 7-2013; 105-132.

⁸ Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida - Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91

A pesar de haber avanzado mucho en nuestra legislación, no se han resuelto ciertas cuestiones íntimamente relacionadas a los conceptos que venimos trabajando, tales como ser el comienzo de la existencia de la persona jurídica física, la regulación de la gestación por sustitución y la cobertura de la práctica de diagnóstico genético preimplantacional:

1) El estatus del embrión in vitro: La discusión planteada en relación a este tema se da respecto a si el embrión in vitro (fuera del cuerpo de la mujer o persona que gesta) es o no una persona jurídica y por ende sujeto de derechos. Asimismo, cabe destacar que el dotar de personalidad al embrión in vitro, tendría serias consecuencias jurídicas en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y por lo tanto sobre la realización del proyecto de vida de las personas que requieren estos tratamientos. Dotar de personalidad al embrión in vitro se contrapone o dificulta la práctica de las TRHA, por cuanto todo el proceso de evaluación de embriones viables y sanos, su preservación, y el descarte de los embriones supernumerarios sería considerado ilegal. Asimismo, si el embrión in vitro fuera considerado persona, quienes prestaron su consentimiento para fecundar sus gametos, estarían obligados a implantarse cuantos embriones hayan fecundado para el tratamiento, sin posibilidad de revocar ese consentimiento. Esta última hipótesis sería claramente incompatible con el derecho a la libertad reproductiva y el derecho a la vida íntima y familiar.

En este sentido, el artículo 19 de nuestro Código Civil y Comercial establece que la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción. El texto propuesto en el Anteproyecto del Código para este artículo establecía una diferenciación para los casos de uso de TRHA, iniciando la existencia de la persona con la implantación

del embrión en el vientre materno. No obstante, tras un fuerte debate⁹, el artículo fue modificado quedando un texto ambiguo. Por ello parte de la doctrina¹⁰ entiende que el embrión in vitro debe ser considerado persona y tiene los mismos derechos que cualquier ser humano, incluyendo a heredar y a los alimentos.

La doctrina contraria¹¹, haciendo una interpretación sistémica del Código con nuestro ordenamiento jurídico y siguiendo la interpretación de la CIDH en el fallo “Artavia Murillo”, sostiene que la “concepción” a la que se refiere el artículo 19 es la concepción entendida como proceso, es decir como sinónimo de implantación en el vientre materno, y que en consecuencia el embrión no es persona hasta tanto sea implantado en el seno de la mujer o persona que llevará el embarazo.

2) Gestación por sustitución como TRHA especial. Una situación similar se produjo con la figura de la Gestación por Sustitución (en adelante GS). La GS es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida¹², en la que una mujer gesta para otros (comitentes), sin que de ello derive vínculo filial alguno entre ella y el niño nacido de esa relación. La filiación

⁹ “Tal como surge del debate legislativo y de la repercusión en los medios, mediante decisión de último momento se determinó eliminar lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) aunque se dejó lo atinente a que deberá sancionarse una ley especial. Es decir, la nueva propuesta reza "a existencia de la persona humana comienza con la concepción" mientras que, en el art. 9 del dictamen de la Comisión Bicameral (Orden del día N° 892 - 20 de noviembre de 2013) mantuvo como segunda disposición transitoria que "la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial". El revuelo mediático fue inminente como también las contestas de legisladores en la sesión en la Cámara de Senadores (27-28 de noviembre de 2013). Varias fueron las voces que se escucharon. El senador Cano dejó en claro que era un "papelón" que se hubiese modificado unilateralmente el art. 19 sin debate. El senador Giustiniani dijo que "quitar el segundo párrafo del artículo 19 es retroceder respecto de todo lo existente en la legislación y en la jurisprudencia", el senador Sanz se preocupó y dijo "en lugar de cerrar las puertas a la judicialización, las estamos abriendo (...) perdimos congruencia". En similares sentidos se pronunciaron los/as senadores/as Escudero, Morandini, Filmus, Diaz, Cabanchik, Morales y Pichetto” Pérez, A. (2014). Pudo ser... ¿y no fue? El art. 19 y sus implicancias a la luz de los Derechos Humanos. Cita: RC D 302/2014

¹⁰ Entre otros autores: Arias De Ronchietto; Lafferriere, Rivera; Medina, Fernando José D. López De Zavalia; Ursula Basset.

¹¹ Entre otros autores en esta línea: Aida Kelermacher de Carlucci, Eleonora Lamm, Marisa Herrera, Federico Notrica.

¹² Lamm, E. (2013) “Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, ed. Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0, pág. 17.

del niño será determinada respecto de los comitentes teniendo en cuenta la voluntad procreacional, es decir la intención de ser padres.

En Argentina la gestación por sustitución estaba contemplada en el articulado del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, de forma tal que se establecían una serie de requisitos que debían ser controlados y aprobados judicialmente antes de que las partes se sometan a la intervención médica. Se buscaba de esta manera sentar pautas y límites claros que brinden seguridad jurídica a todas las partes involucradas. Finalmente, tras un largo y polémico debate, la disposición fue quitada del texto definitivo y fue suprimido el artículo. No obstante, tampoco está prohibida su práctica, y la subrogación se sigue llevando a cabo, quedando la determinación de la filiación del niño sometida al arbitrio de los jueces. Tal es así que se han dado numerosos casos de familias que llegaron a la justicia reclamando la determinación del vínculo filial entre el niño nacido por GS y los padres comitentes. Hasta ahora, los magistrados han dictado siempre sentencias favorables a reconocer el vínculo entre el niño y los comitentes en base a la voluntad procreacional y con fundamento en el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

3) Por último, este tema nos lleva a revisar a la luz del principio de igualdad el acceso que tienen las personas a estas técnicas médicas y la situación de nuestra legislación en materia de cobertura médica de las obras sociales para llevar adelante tratamientos de fecundación y tratamientos de diagnóstico genético preimplantacional.

Marco de referencia conceptual.

El tema que nos ocupa debe necesariamente tratarse desde la óptica de la igualdad en las relaciones familiares. En este sentido “La igualdad en el Derecho de Familia tiene numerosas manifestaciones y efectos, en tanto no puede desconocerse que este principio

o fundamento constitucional impacta en las regulaciones-ejes: (...) la igualdad en las diversas formas familiares, la igualdad en el tratamiento de género y la diversidad sexual, la igualdad en la procreación asistida, entre otros aspectos. (...) El legislador, dentro de su ámbito de actuación constitucionalmente habilitado, podrá decidir que trato o normativa aplicará a todas y a cada una de las formas familiares. Pero de ninguna manera el legislador puede establecer normas prohibitivas o impeditivas hacia los diferentes proyectos de vida autorreferencial”. La igualdad, como fundamento constitucional de las relaciones familiares, determinará en cada supuesto el derecho reglamentario más beneficioso para garantizar los derechos humanos de cada uno de los protagonistas de la relación¹³.

Es necesario destacar que “Argentina desde 1994 acogió constitucionalmente un número destacado de tratados de derechos humanos, lo que significó un avance axiológico y un puente hacia la reformulación de la supremacía constitucional como faro del sistema jurídico argentino”¹⁴. El art. 75, inc. 22, es la norma constitucional clave que prevé la incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino y el establecimiento de su rango jerárquico: superior a las leyes internas o rango constitucional, según el caso¹⁵. Consecuentemente, no pueden desconocerse los derechos amparados por los tratados de derechos humanos, entre ellos el derecho a formar una familia, lo cual requiere el respeto del derecho a la vida privada (Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) “Atala Riffo y niñas vs. Chile” párr. 162); los derechos reproductivos¹⁶; y el derecho a beneficiarse de los avances de la ciencia¹⁷.

¹³ Lloveras N.; Salomón M. (2009) El derecho de familia desde la Constitución Nacional - 1º ed. Buenos Aires: Universidad, 2009.

¹⁴ Lloveras N. (2016) Manual de Derecho de las Familias según el Código Civil y Comercial- 1ª ed. mejorada. Córdoba: Jurídica Mediterránea.

¹⁵ Lloveras N.; Salomón M. (2009) El derecho de familia desde la Constitución Nacional - 1º ed. Buenos Aires: Universidad, 2009.

¹⁶ “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 -

En este sentido el fallo de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica”, resuelto el 28 de noviembre de 2012, realiza una interesante interpretación respecto del derecho a formar una familia en igualdad de condiciones. “En dicha oportunidad la Corte IDH estableció que el art. 11 de la CADH lleva a “la debida protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar”¹⁸.

En el caso antes citado, a los efectos de solucionar la cuestión planteada, la Corte IDH, realizando una interpretación del art. 4.1 de la CADH acorde al contexto sociocultural, científico y jurídico actual, manifestó que si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente (con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano), mientras dicho embrión no se implante en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo serán nulas y dejó claro que el término concepción al que alude la Convención Americana no es sinónimo de fecundación, sino de anidación en el útero. Por otro lado, la Corte IDH sentó el principio de protección gradual e incremental de la vida antes del nacimiento, de acuerdo al mayor o menor desarrollo del embrión. El tribunal también estableció que negar la posibilidad de acceder a las TRHA implicaría violar el derecho de las personas a la integridad física y psíquica, la cual abarca el dere-

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- tal como se refleja no solo en el caso Artavia párr. 142 y 148, sino también -y con prelación en el tiempo-, en los documentos relativos a la Conferencia de Teherán 1968; Conferencia sobre Población de Bucarest 1974 -donde incluso se habla de que “las mujeres tienen el derecho a la integración total en el proceso de desarrollo” cuyo análisis llevaría incluso a pensar en que el art. 19 actual podría constituir una discriminación de género; III Conferencia Internacional sobre la Mujer, Nairobi 1985; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 1994; la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995; entre otros”. Perez, A. (2014) Pudo ser... ¿y no fue? El art. 19 y sus implicancias a la luz de los Derechos Humanos. Cita RC D 302/2014

¹⁷ Art. 15 inc. b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 13 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; Art. 14 inc. 1 apartado 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, 1975

¹⁸ Pérez, A.; Vázquez Acatto, M. (2014) Donación de gametos y derecho a formar una familia en parejas del mismo sexo. ¿Cómo entender el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida en clave de derechos humanos? Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1695/2014

cho a la salud reproductiva: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear. Así también, prohibir la fecundación in vitro viola al derecho a la privacidad y a formar una familia, y el derecho a gozar de los avances científicos.

No puede desconocerse el valor de la interpretación que hace la Corte IDH respecto de la protección a la vida que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), por cuanto no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la CADH¹⁹. Para la Argentina, las interpretaciones de la Corte IDH sobre la Convención son vinculantes por cuanto expresamente en el 2º de la ley 23.054²⁰ reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. art. 62 de la Convención²¹).

Por otra parte, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente se caracteriza por haber receptado los derechos amparados por los tratados internacionales, sobre todo en las modificaciones realizadas en la regulación del Derecho de Familia. La doctrina se refiere a este fenómeno como la “Constitucionalización del Derecho de Familia”. El nuevo Código da protagonismo a la voluntad individual de los sujetos al momento de decidir sobre sus proyectos de vida, tratando de igualar en derechos a las personas en este sentido.

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2012). Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disponible en <http://aldiaargentina.microjuris.com>

²⁰ Ley N° 23.054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 2º “Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad”.

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 62. 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

do. Ya no se habla de una familia tipo, sino de las familias en sus distintas composiciones y estructuras. Esta igualdad a la que nos referimos se ve reflejada a lo largo de todo el cuerpo y especialmente en la regulación del matrimonio, de la unión convivencial, y en la filiación. Tal es así que se crea una nueva fuente filial: la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuya causa es el elemento volitivo, es decir la voluntad de ser padres. No obstante estos importantes avances, como producto de la puja entre distintas opiniones y fuerzas políticas, ciertos temas han quedado sin legislar, la gestación por sustitución, por ejemplo, y otros temas han sido regulados de manera ambigua: el inicio de la existencia de la persona humana y sus implicancias en las TRHA.

La formulación de las hipótesis sustantivas.

La hipótesis que guía esta investigación es que, en Argentina, existe un derecho constitucional y convencional a formar una familia dentro del cual se incluye el derecho a procrear, por ende, limitar las TRHA resultaría violatorio de tales derechos. Nuestro país ha jerarquizado el Pacto de San José de Costa Rica a rango constitucional y se ha comprometido a aceptar las interpretaciones de la CIDH respecto de los derechos y libertades allí contemplados.

En esta línea de ideas:

- 1) Para nuestro ordenamiento positivo el embrión in vitro no es considerado persona jurídica. Los embriones humanos merecen protección especial, pero distinta de la protección de las personas.
- 2) Según los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, prohibir la GS como herramienta para aque-

llas personas que desean tener un hijo y no pueden, resultaría en una violación de los derechos reproductivos y por ende la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

3) Las interpretaciones que hace la CIDH sobre las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica son obligatorias para nuestro país.

4) Existen lagunas legislativas en el derecho argentino que producen inseguridad jurídica y vulneran el principio de igualdad de las personas que requieren de Técnicas de Reproducción Humana Asistida para procrear.

Formulación de los objetivos.

- Analizar y comprender las diferentes dimensiones del fenómeno conocido como revolución reproductiva.
- Identificar las normas internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a formar una familia y a procrear, y analizar sus alcances.
- Analizar las disposiciones del Código Civil y Comercial vigente y compararlo con el régimen legal anterior.
- Relevar, evaluar y analizar comparativamente jurisprudencia nacional e internacional en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Analizar la jurisprudencia de la CIDH, y evaluar su obligatoriedad para Argentina.

Materiales y métodos.

Resulta necesario hacer explícitas las teorías y métodos que se utilizarán en este trabajo a los fines de dar una estructura al mismo para facilitar su reproducción y crítica.

Se utilizará el **método cualitativo** sobre la base de un **estudio bibliográfico**. De esta manera, se podrá trabajar con el análisis de posturas teóricas y de datos secundarios producto de otras investigaciones que se realizan en el país destacándose la producción de autores que abordan la temática.

El principal objetivo en esta instancia es analizar, sistematizar o reinterpretar las ideas, teorías y, sobre todo, los datos ya recogidos en el curso de otros estudios a partir de los resultados de otras investigaciones. La fortaleza de esta metodología es que nos permite cubrir una amplia gama de posiciones y teorías con sus respectivos datos y argumentos, a los fines de:

- 1) conocer y explorar todo el conjunto de fuentes de utilidad;
- 2) leer todas las fuentes disponibles, tomando aspectos relevantes;
- 3) comparar unos con otros y extraer las conclusiones, elaborando el punto de vista crítico de la investigación;
- 4) hacer un análisis comparativo de las realidades nacionales y extranjeras.

Luego de esta primera etapa, se realizará la identificación y análisis de las normas de nuestro ordenamiento jurídico que consagran el derecho a formar una familia y a procrear. Este análisis abarcará tanto las normas internas de nuestro país, como los tratados internacionales ratificados por Argentina.

Se analizará la jurisprudencia de la CIDH, con especial atención al fallo “Artavia Murillo C/Costa Rica”, y se evaluará su obligatoriedad para Argentina.

Se relevará, evaluará y analizará comparativamente jurisprudencia nacional e internacional en materia de protección del derecho a procrear. El análisis de estas sentencias se hará a la luz del marco de referencia conceptual antes desarrollado y del estudio de la normativa sobre la materia.

Finalmente, se obtendrán los resultados y conclusiones producto de la investigación y de la interpretación que hacemos de los hechos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A PROCREAR Y FUNDAR UNA FAMILIA: LOS DERECHOS HUMANOS QUE FUNDAN LA REFORMA DEL C.C. Y C. N.

Introducción

El abordaje jurídico del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como medio para ejercer el derecho a fundar una familia, y su legislación, debe ser encarado desde la óptica de los derechos humanos, con tolerancia a lo diferente y respeto hacia el otro. Debemos tomar como base de la convivencia democrática el respeto a la libertad individual de los ciudadanos, quienes en el marco de su vida íntima o familiar, tienen derecho a diseñar una historia propia -única e irrepetible- para alcanzar su felicidad²².

En este sentido cabe destacar que el desarrollo de las TRHA, está íntimamente relacionado con los cambios en las relaciones de familia y las necesidades de nuestra sociedad, brindando a quienes se encuentran imposibilitados de concebir, una solución superadora de los límites para la procreación²³. Como consecuencia de estos cambios, al día de hoy se reconocen derechos humanos personalísimos vinculados al alcance del cumplimiento de objetivos de vida²⁴. Es un derecho de cada uno de nosotros el poder decidir nuestro proyecto de vida de acuerdo a nuestras convicciones, deseos y experiencias. Y en consecuencia, tenemos derecho a elaborar nuestro proyecto de familia libremente y en igualdad de condiciones. Además, resulta clave al momento de debatir sobre la postura

²² González, A.; Melón, P.; Notrica, F. P. (2016), La Gestación por Sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Id Infojus: DACF150426 – página infojus.gov.ar. <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciadadacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcnirtcod>

²³ López Gálvez, J. J.; Moreno García, J. M. (2015) ¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

²⁴ Ver definición de la OMS de Salud Integral

que nuestro país adopta en consideración a esta materia que tengamos en cuenta que el derecho argentino, en el marco de los derechos personalísimos contemplados por nuestro bloque constitucional (Constitución Nacional y Tratados, Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional) protege el derecho a la privacidad y a la autonomía personal, a la vida familiar, a la salud integral - tanto física como psíquica y por ende la salud sexual y reproductiva-, a la igualdad y a la no discriminación y a gozar de los avances científicos y tecnológicos.

Como se ha adelantado, el contenido esencial de la noción de derechos reproductivos es el derecho a procrear, como derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo del individuo libre. El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los miembros de la pareja, o de forma individual, sin injerencias externas, con la información y los medios adecuados para su realización²⁵. Por ello, limitar las TRHA como herramienta para aquellas personas que desean tener un hijo y no pueden, resultaría en una violación de los derechos reproductivos y por ende en la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Como se desarrollará en el Capítulo III, con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, la filiación en el derecho de familia argentino mantuvo básicamente la estructura general que observaba el artículo 240 del Código anterior con una diferencia sustancial: el reconocimiento de una nueva fuente de filiación, las TRHA; a lo que se debe sumar la adecuación del lenguaje utilizado en su texto en miras a garantizar el principio de igualdad y la consecuente irre-

²⁵ Farnós Amorós, E. (2015). La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

levancia de la orientación sexual de las personas con quienes se crea el vínculo filial²⁶.

Por lo tanto, puede decirse que la reforma recepta la compleja tarea de ajustar nuestro ordenamiento interno a lo establecido por el plexo normativo constitucional-convencional.

Una “ruptura importante que ha sido fundamental para ampliar los márgenes del derecho de familia y extenderlos a un derecho de “las familias” en plural, ha sido el pasaje de la noción de “naturaleza” a la de “cultura” o “construcción social”. En este sentido se expresa Borillo (2014) al afirmar: La democratización de la vida privada necesitaba una previa reformulación de los vínculos familiares que permitiera escapar de la multisecular influencia de la naturalización. Éste fue un largo trabajo del derecho civil desde su secularización. La contestación del orden familiar “natural” no es en definitiva más que la radicalización de la modernidad según la cual la voluntad, y no la diferencia de sexos, constituye la base de la institución matrimonial y de la parentalidad. La filiación disociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico basado ya no en la verdad biológica sino en un proyecto de parentalidad responsable²⁷.

Tal es así que, en la actualidad, los temas relativos a la diversidad sexual e identidad de género que auspicia el principio de igualdad y no discriminación, sostenido por nuestro “bloque constitucional”, continúan siendo el marco de revisión de la noción de familia hacia un reconocimiento jurídico de las diversas formas de organización familiar. Esta mayor amplitud por la cual la familia como organización social no se ve perjudicada en absoluto, sino que simplemente viene a completar el escenario jurídico con otras realidades familiares, es lo que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código se menciona

²⁶ De conformidad con lo dispuesto en la ley N° 26.618 que introdujo la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y que el nuevo Código respeta.

²⁷ Borillo, D. A. (2014) “La contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación” en Kemelmacher de Carlucci, Aida, Daniel A. y Flores Rodríguez, Jesús, Nuevos desafíos del derecho de familia, Rubinzal – Culzoni.

de manera expresa bajo las nociones de “multiculturalidad” y “pluralismo”. Esta concepción también se ve reflejada en la decisión de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente de la filiación, teniendo en cuenta que las TRHA constituyen un medio a través del cual las parejas de un mismo sexo y las personas sin pareja logran acceder a la maternidad/paternidad.

Cabe entonces, para entender la lógica de la nueva legislación intentar desentrañar al menos a grandes rasgos, los derechos humanos que se ven comprometidos y que impulsaron las principales reformas en materia de derecho de familia en nuestro país. Esto resulta un hito fundamental para la construcción de los derechos y principios mínimos sobre los cuales edificar un régimen jurídico institucional acorde con el desarrollo y consolidación de los derechos humanos como perspectiva obligada. Para ello, el punto de partida son los diferentes instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos sin perder de vista las voces autorizadas que provienen de la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos: la CIDH²⁸.

El principio de Igualdad que rige la reforma

El proyecto de reforma, tal como se dice expresamente en los “Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial” se edifica sobre la base de principios de derechos humanos. Esta no es una decisión caprichosa, sino una perspectiva obligada, ya que la Argentina ha suscripto tratados internacionales de derechos humanos –de los cuales algunos fueron elevados a rango constitucional tras la reforma de 1994- los que junto a otros instrumentos –como ser las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- conforman el “bloque” de normas de máxima jerarquía que el Estado debe

²⁸ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 05 de agosto de 2021 Disponible en: <http://www.scielo.org.mx>.

respetar so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué quiere decir esto? Que la Argentina está comprometida no solo a respetar, sino a garantizar un piso mínimo de derechos humanos tales como la igualdad, la libertad, la autonomía personal y la salud integral por nombrar algunos, los que deben guiar nuestro derecho interno. El principio de igualdad —que exige el respeto por las diferencias que hacen a la individualidad de cada persona y la libre determinación del destino propio sin que ello pueda ser motivo de un trato perjudicial— ha tenido especial impacto en la democratización de las estructuras familiares, recogida por el C.C.y C. N.

Y en la materia que nos ocupa, veremos como este principio se erige para igualar en oportunidades a las parejas heterosexuales sin inconvenientes para engendrar un hijo propio, con los grupos de personas homosexuales, personas que desean formar familias monoparentales, y parejas con patologías que les impiden lograr un embarazo a través de una relación sexual, en el camino hacia formar una familia sin ser discriminados por su condición. Porque las TRHA fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio²⁹.

Para dar sentido a esta afirmación, cabe primero hacer un breve análisis de la noción de principio de igualdad que atraviesa de lado a lado las modificaciones en el libro segundo del Código Civil y Comercial vigente, denominado “Relaciones de familia”.

²⁹ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39) Recuperado en 05 de agosto de 2021 Disponible en: <http://www.scielo.org.mx>

El Principio de igualdad y de no discriminación de acuerdo a los parámetros constitucionales e internacionales.

La Constitución Argentina consagra en su artículo 16 “la igualdad ante la ley”. El artículo 16, C.N. dice así: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”³⁰.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido a través de su doctrina que la igualdad a la que alude la Constitución Nacional importa la obligación de tratar de un modo igual a aquellos que están en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que el criterio de distinción no sea arbitrario ni responda a un propósito de hostilidad contra personas o grupos de personas, o resulte que se trata desigualmente a sujetos que estén en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes ³¹.

Haciendo un resumido análisis de las pautas que emanan de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al principio de igualdad, arribamos a las siguientes claves: a) El principio de igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias; c) la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante las diferencias; lo que la regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) el test de razonabilidad es la

³⁰ Art. 16 de la Constitución Nacional Argentina

³¹ Saba, R. P. (2007) ((Des) igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), El derecho a la Igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 7.

pauta para ponderar la legitimidad de una medida que realiza distinciones entre las personas, con lo que queda entendido que el legislador puede irrogar un trato diferente entre los habitantes de la nación, a condición de que el criterio empleado para hacer esas distinciones sea razonable y haya una relación de proporcionalidad entre la medida y el fin buscado³².

Ahora bien, “la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inspirada en la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, estableció que aquellas distinciones que el estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en ciertos criterios³³ (como ser nacionalidad, sexo, raza, entre otras), se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su Artículo 16. Esa presunción en contra de la categoría o criterio escogido sólo podrá ser superada por el estado si éste demuestra la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría que, en el lenguaje del tribunal de los Estados Unidos, se ha calificado como “sospechosa”. El examen que proponen ambas Cortes Supremas es conocido como el test de “escrutinio estricto” y pone en cabeza del estado, con el fin de derribar esa presunción, la carga de justificar el trato diferente exigiéndosele que demuestre que no está violando el principio de igualdad constitucional. La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el sólo recurso a un criterio de esas características”. Este juego de presunciones que favorece a la persona afectada torna de fundamental importan-

³² Garay, O. E. (2005) Cuadernos de Bioética N°11, ed., 1°, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 66.

³³ Gran parte de la doctrina acuerda que los criterios contenidos en el Art. 1 de la Convención Americana son en principio las llamadas “categorías sospechosas”, amén de que el listado es enunciativo y abierto.

cia el establecimiento de aquellos elementos que permiten identificar cuándo una categoría utilizada para fundar tratos diferentes es, o no, sospechosa³⁴.

Desigualdad Estructural

Como se ha desarrollado en el punto anterior, desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de Argentina, ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar su significado al artículo 16, igual que lo que sucede con las interpretaciones realizadas por tribunales de otros países con normas similares. Según el tribunal argentino este principio exige que el criterio escogido por el Estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación. En otras palabras, la Corte ha escogido al principio de igualdad entendido como no discriminación o como trato no arbitrario como principio intermediario rector para interpretar el texto constitucional. El principio de no discriminación supone que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de funcionalidad. No obstante siguiendo a Saba (2008) , debemos notar que el principio de no discriminación no refleja correctamente —o, al menos, de un modo completo— la aspiración igualitaria del artículo 16, lo cual quedó claro especialmente después de la incorporación constitucional en 1994 de la obligación estatal de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las

³⁴ Saba R. P. (2008) *¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?* Publicado en: Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

personas con discapacidad." El principio de no discriminación —y el requerimiento de razonabilidad que lleva implícito— como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no supone que sea relevante tomar en cuenta la situación base que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de aquellos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria, o de los más básicos servicios públicos por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo³⁵.

“El principio de no discriminación —y el requerimiento de razonabilidad, o de relación medio-fin— lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento o subordinación de grupos, en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural. Si no se dan estas condiciones, la aplicación del principio de no discriminación no es apropiada y puede ser un excelente instrumento, a menudo utilizado sin conciencia de sus efectos, para perpetuar y reforzar aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural”³⁶.

Teniendo en cuenta estos conceptos, observamos que hasta hace no mucho tiempo el régimen argentino estaba lejos de cumplir con el Principio de Igualdad establecido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales³⁷ ratificados por Argentina.

³⁵ Saba R. P. (2008) *¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?* Publicado en: Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008

³⁶ Saba, R. P. (2021) Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad, en *Discriminación: piezas para armar / coordinadora Ana María Ibarra Olguín*; ISBN: 978-607-552-178-7

³⁷ Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2.1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Conven-

Tal es así que el reconocimiento de un grupo social como familia no ha sido democráticamente distribuido, sino que ha estado sujeto a un conjunto de intersecciones que en el campo familiar expresan desigualdades y formas de estratificación reproductiva. Esta noción supone la identificación de una organización social que jerarquiza la salud reproductiva, la fecundidad y la crianza, y en cuyo marco algunas formas de maternidad consideradas normales son recompensadas frente a otras experiencias no normativas que son dejadas en el margen de lo no reconocido, patologizadas o relegadas a lo ilegal³⁸. Esta situación, claramente es contraria al principio de igualdad antes desarrollado.

Pero nos encontramos en una era de cambios a nivel legislativo, y esta evolución es consecuencia de la lucha por la igualdad de grupos desventajados. En este marco, cabe traer al análisis dos grupos de personas que constituyeron el empuje para estas reformas legislativas en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como consagración de los derechos humanos relacionados a la vida familiar, a la salud sexual y reproductiva, y al desarrollo del plan de vida autorreferencial en igualdad de condiciones: las mujeres y los grupos LGTBI+.

a. En relación a la puja de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por parte de grupos feministas, en relación a las TRHA se observa que existen posturas tanto a favor como en contra. Para entender ambas posturas necesariamente debemos desarrollar brevemente el origen de la problemática de la desigualdad de género.

Haciendo un breve repaso de la desigualdad entre el hombre y la mujer existente en los distintos ámbitos, podemos decir que históricamente se ha excluido a las mujeres

ción sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

³⁸ Johnson, M. C. (2020), Las familias como copias. Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y desigualdades reproductivas Con X, núm. 6, Universidad Nacional de La Plata.

del espacio relacionado a lo público, limitándolas a tareas domésticas relacionadas a lo privado. Se ha asignado culturalmente a la mujer un rol de cuidado: cuidado de los hijos, cuidado del hogar y cuidado de las personas mayores. “esta división ha generado que las relaciones de género entre hombres y mujeres sean asimétricas, desiguales y jerárquicas, colocando a las mujeres en una situación de dependencia y subordinación frente al hombre”³⁹ . La mujer debía dar descendencia al hombre y quedarse en la casa abocada a labores domésticas, mientras era el varón quien recibía educación, trabajaba, proveía económico-maticamente a la familia y tenía participación en espacios políticos y de toma de decisiones. En el marco de este rol “naturalizado”, se ha construido un fuerte y arraigado estereotipo para el cual la mujer debe ser madre para ser una mujer completa a la vista de la sociedad. Dicho estereotipo existe a nivel mundial, pero en América Latina su peso es todavía mayor.

En este contexto, tal como se ha mencionado, entre las distintas corrientes feministas encontramos posiciones a favor y en contra de las TRHA:

I.- Existe una línea de pensamiento caracterizado como “radical”⁴⁰ entre cuyos argumentos contrarios a las TRHA “se señala que la inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad biológicas, refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a estos desarrollos tecnológicos que ponen a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres. Estas técnicas, entonces, serían según esta corriente más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol repro-

³⁹ Rojas, C. M. La participación política de las mujeres: un reto para la democracia. Revista de Servicio Civil No. 19 www.sercivil.go.cr)

⁴⁰ Rothman B. K. (1989) Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society, Norton. New York, 1989.

ductor de las mujeres. En una línea semejante, se ha argumentado que la mera existencia de técnicas como la fecundación in vitro (FIV) para tratar la infertilidad hace que se someta a una presión indebida a las mujeres infértils o cuyas parejas son infértils, de las cuales se espera demasiado (aún a costa de daños psicológicos) para superar la infertilidad. La mera posibilidad de lograr un embarazo por medio de la FIV puede hacer más difícil que aquellas mujeres que son infértils asuman esta condición, ya que se sienten presionadas a intentar este tipo de técnicas”.⁴¹

II.- Ahora bien, contrarrestando estos argumentos, podemos decir que los mismos dejan de lado la voluntad de las mismas mujeres que se pretende proteger, y esto es un factor clave cuando nos referimos a los derechos de las mujeres. Las mujeres queremos ser dueñas y protagonistas de nuestro destino, y resulta tan violatorio de nuestros derechos el exigirnos una maternidad no deseada, como ponernos trabas cuando si deseamos tener hijos y no podemos hacerlo. El argumento de la opresión trata a la mujer como objeto pasivo de derechos, lo que mantiene fuertes similitudes al antiguo sistema tutelar, es decir que sigue excluyendo del análisis principal la voz y enfoque de las propias mujeres. Porque cuando hablamos de salud sexual y reproductiva necesariamente estamos hablando del derecho de la mujer a vivir una sexualidad plena y poder planificar su vida familiar de acuerdo a su voluntad⁴².

Por ello el argumento de la opresión como tesis en contra de las TRHA se desmuestra cuando desconoce la voluntad de aquellas mujeres que desean procrear y que necesitan de las técnicas para el logro de ese objetivo: tales como las parejas de mujeres lesbianas, o mujeres solteras que desean tener un/a hijo/a sin tener pareja, y mujeres que por

⁴¹ Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

⁴² Se desarrollará más adelante particularmente el alcance de los derechos sexuales y reproductivos.

razones diferentes no puedan lograr un embarazo sin asistencia médica⁴³. La clave para asegurar los derechos de las mujeres está en brindar información clara para hacer valer sus deseos y derechos, porque si bien es cierto que existen estereotipos y presiones sociales, no puede desconocerse la autonomía de las mujeres para decidir sobre su cuerpo, su sexualidad y su fecundidad.

Cabe además hacer notar que el problema no son las TRHA en sí mismas, que son una técnica médica superadora de un problema como cualquier otra, el problema es el estereotipo construido a nivel cultural. Consecuentemente lo que debemos contrarrestar de alguna manera es el estereotipo de género a través de políticas públicas de inclusión y educación. Prohibir las TRHA en nada cambiarían los roles de género estereotipados que jerarquizan al hombre respecto de la mujer. A modo de ejemplo, imaginemos prohibir los trasplantes de órganos porque sabemos que existe corrupción en el manejo de los mismos y que hay un mercado ilegal de órganos. Resulta irrisorio. El problema no es la técnica de trasplantes de órganos, cuya práctica salva incontables vidas, el problema es la corrupción, y lo que se debe atacar son dichos ilícitos.

“Así, las posiciones feministas pueden variar sustancialmente hacia una postura liberal cuyo acento esté puesto en la autonomía y la elección de las mujeres, o hacia posiciones también basadas en una perspectiva de género, pero fundamentadas en los derechos humanos, como elementos fundamentales en el logro de la justicia e igualdad para todas las mujeres. En este sentido, sobre todo en determinadas sociedades, estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres: le permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir quizás más tardíamente la maternidad. Esto tiene como consecuencia la posibili-

⁴³ En el Capítulo de Gestación por Sustitución se hará referencia a la autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, no solo cuando se trate de planificar su propia vida familiar, sino cuando se trate de decidir utilizar su cuerpo para ayudar a un familiar o persona con lazos afectivos.

dad de superar algunas de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer como diferente del varón”⁴⁴.

b. Por parte del Colectivo LGTBI+

La aparición de las TRHA ha significado una opción superadora de los límites para tener descendencia con carga genética propia para las parejas de un mismo sexo. Históricamente las personas homosexuales han sido discriminadas y vulneradas en su derecho a la vida familiar. No se les reconocían los mismos derechos que a las personas heterosexuales: no podían contraer matrimonio entre sí, no tenían derechos sucesorios ni a pensiones por fallecimiento, y eran excluidos del sistema de adopción. Se conculcaba la normativa constitucional básica y fundacional de un Estado democrático como prevé el art. 19 de la Constitución Nacional, que reconoce y promueve el respeto por la libertad y la intimidad; en este caso, de formar la familia que se quiera, desee o se pueda, en total consonancia con el art. 14 bis, que se preocupa por la protección integral de la familia sin definirla, es decir, considerándola de manera amplia e inclusiva⁴⁵.

En la actualidad se observa un progreso en materia de igualdad de derechos y prohibición de toda discriminación por orientación sexual. No obstante, y si bien las normas jurídicas internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación relativa a la orientación sexual, pese a ello a nivel mundial diariamente se violan los derechos humanos de personas en razón de su pertenencia a las “minorías sexuales”. En este sentido, cabe destacar que las uniones homosexuales son muy antiguas, pero los intentos de introducirlas en el concepto universal de matrimonio surgieron recién a finales del siglo

⁴⁴ Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

⁴⁵ Introducción al Libro II. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Caramelo Gustavo; Picasso Sebastián; Herrera Marisa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, 640 p.; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-31-4

XX tras una larga pelea por parte de este grupo vulnerable. En Argentina, el debate por la legalización del matrimonio igualitario comenzó en septiembre de 2005, y su desenlace se logró cinco años más tarde, como producto de discusiones que representaban posiciones contradictorias de diferentes actores sociales, en el marco de una sociedad donde han primado valores propios de una estructura tradicional y conservadora en materia de familia”⁴⁶ y en donde la religión católica no ha perdido peso político a pesar de la secularización de nuestro Estado.

Previamente, en este país y a modo de antecedente jurídico, se instituyó para el caso la unión civil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en Río Negro, Carlos Paz y Río Cuarto, provincia de Córdoba, con lo que se dio comienzo a la declaración de la unión civil, que admitió el reconocimiento de derechos sociales, como incorporar a la pareja a la obra social, recibir una pensión de organismos que dependen del gobierno de la ciudad, solicitar créditos bancarios conjuntos y obtener licencia laboral en caso de enfermedad del entonces llamado concubino⁴⁷. El avance hacia el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas de un mismo sexo en Argentina no ha sido sencillo. En este camino, el papel proactivo de los tribunales fue determinante mediante el dictado de sentencias que acogieron el planteo de inconstitucionalidad del requisito de diversidad de sexos estipulado en el art. 172 del Código Civil de Vélez Sarsfield. La libertad para contraer matrimonio comprende la libertad de elección del futuro cónyuge y, por ende, de su sexo. En consecuencia, un Estado que prohíbe a una persona casarse con otra de su mismo sexo, comete una injerencia arbitraria que no satisface ningún interés legítimo que la justifique.

⁴⁶ Calvo, L.; Yael, G. (2013) Homoparentalidad: Explorando el Reconocimiento Social y los Derechos de los Homosexuales en la Ciudad de San Luis, Argentina. *Psicogéne*, 16 (29),118-131. [fecha de Consulta 30 de Julio de 2021]. ISSN: 0124-0137. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=497552362010>

⁴⁷ Hoy Conviviente de acuerdo a la terminología del Código Civil y Comercial.

En 2010 se concretó la equiparación legal mediante la ley 26.618 que modificó el Código Civil. Esta norma significó un avance importantísimo en la visión pluralista de la institución matrimonial. El art. 172 C.C. quedó redactado de la siguiente forma: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo...”⁴⁸.

Luego, con la sanción del nuevo Código, se mantuvo la equiparación legal lograda mediante la ley N°26.618 y por ende el sistema de principios vigente en Argentina desde el 2015 reconoce que no existe una única forma de vivir y gozar la sexualidad, todo ello en total consonancia con lo establecido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país. En este sentido cabe recordar que la prohibición de discriminar por razones de orientación sexual ha sido abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso “Atala Riff y niñas vs/ Chile” de febrero de 2012, que versó sobre la responsabilidad internacional en la que incurrió Chile cuando la justicia de ese país impidió a una madre tener la custodia de sus tres hijas por ser lesbiana. En el párr. 92 se lee: “... la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.

Tal es así que el art. 402 C.C.y C.N. , retoma el antecedente del art. 42 de la ley 26.618 y en consecuencia, el matrimonio celebrado por personas homosexuales produce

⁴⁸ Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Caramelo Gustavo; Picasso Sebastián; Herrera Marisa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, 640 p.; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-31-4

los mismos efectos que el celebrado por heterosexuales, de modo que las uniones de un hombre y una mujer, de dos mujeres o de dos hombres quedan equiparadas en todos sus aspectos⁴⁹.

Por todo lo expuesto, no puede negarse el derecho de las parejas homosexuales a vivir una vida íntima y familiar plena en igualdad de condiciones con las parejas o personas heterosexuales, lo que necesariamente implica acceder a las TRHA como medio para engendrar un hijo o hija, cuando no decidan optar por la adopción. Cabe decir que si las parejas heterosexuales pueden acceder a estas técnicas cuando encuentren algún impedimento para lograr un embarazo, cualquier prohibición establecida en este sentido a las personas homosexuales por motivo de su orientación sexual no podría superar el escrutinio estricto que merecería una discriminación de este tipo y resultaría a las claras un acto violatorio del principio de igualdad y de los derechos humanos contenidos en nuestro boque constitucional, que se desarrollarán a lo largo del presente Capítulo.

No obstante, la doctrina (y la sociedad) denota todavía cierta resistencia a la consagración de estos derechos. Tal es así que en el Código comentado de Ricardo Luis Lorenzetti (2015), dicho autor señala algunas razones por las cuales las reformas en derecho filial, en especial en la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida, generaron cierta resistencia y calurosos debates⁵⁰. Una de ellas, según el mencionado autor, se debe a que las técnicas de reproducción humana asistida son una manera de poder acceder a la maternidad/paternidad no sólo para las parejas heterosexuales infériles, sino también para las parejas de un mismo sexo, lo que reavivó el debate que en su mo-

⁴⁹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Caramelo Gustavo; Picasso Sebastián; Herrera Marisa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, 640 p.; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-31-4

⁵⁰ Cabe destacar que el texto del Código Civil y Comercial no es el mismo que el presentado en el Anteproyecto. Si bien se consiguió introducir una tercera fuente de filiación en nuestro ordenamiento, muchos artículos fueron suprimidos como consecuencia de la falta de consenso y la fuerte presión de la Iglesia Católica. Como veremos más adelante, el art. 19 respecto al comienzo de la personalidad jurídica sufrió importantes reducciones, así como la Gestación por Sustitución y Gestación Post mortem cuya regulación fue directamente suprimida.

mento despertó la sanción de la Ley 26.618.⁵¹ En este punto, como detractor central, la Iglesia Católica siempre ha sido un actor de peso en la discusión de la regulación de las relaciones familiares y de temáticas que se vinculan, tales como ser el cuerpo y el género. Marisa Herrera (2015) siguiendo las investigaciones de Marco Vaggione observa “las complejas relaciones entre lo religioso y lo político” como una dimensión de análisis relevante en las Ciencias Sociales, y pone de resalto “la vuelta de lo religioso, que nunca termino de retirarse de las dinámicas sociopolíticas, así como la vuelta a lo religioso entendida como un giro analítico en las agendas académicas, es particularmente relevante para las políticas de la sexualidad”⁵² Al respecto cabe aclarar que las políticas de la sexualidad se encuentran íntimamente relacionadas con la regulación de las relaciones de familia, siendo que más allá del debate sobre la influencia de las religiones en el origen de esos sistemas de dominación, no hay dudas que en las sociedades contemporáneas las principales instituciones religiosas son defensoras de un orden sexual que privilegia a los varones y naturaliza a la familia heterosexual como único espacio legitimo para la sexualidad”⁵³.

Asimismo, la presión de la Santa Sede fue un factor detractor importante que impidió establecer criterios claros en relación al inicio de la personalidad jurídica y la figura de la gestación por sustitución. Pues no debemos olvidar que la Iglesia históricamente ha sido un poder de sometimiento en materia de libertad sexual y reproductiva tanto para la mujer como para las personas homosexuales.

⁵¹ Herrera, M. (2015). En Lorenzetti, Ricardo Luis (director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015 p. 474/476.

⁵² Vaggione, J. M. y Mujica, J. (2013). A modo de introducción: algunos puntos de discusión en torno al activismo (religioso) conservador en América Latina” en Vaggione, J. M. y Mujica, J. (comps.) Conservadurismo, religión y política. Perspectivas de Investigación en América Latina, colección Religión Genero y Sexualidad, Ferreyra Editor, Córdoba 2013.

⁵³ Herrera, M. (2016) La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia. Revista de derecho de Familia N°73, Abelendo Perrot, marzo de 2016.

Derecho a no ser discriminado

Conforme a lo antes expuesto, el Principio de Igualdad trae aparejado el derecho a no ser discriminado⁵⁴. En el sistema interamericano surge en los Arts. 1 y 2 de la Convención Americana, de este modo el Art. 1 establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁵⁵. En relación al derecho a procrear, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, siguiendo a Florencia Luna (2008) se observa que ambos artículos abarcan la situación de las personas con problemas para lograr un embarazo. Tanto cuando se trate de una pareja heterosexual con problemas de infertilidad en uno o ambos integrantes, como cuando se trate de una persona sola, o de parejas conformadas por personas de un mismo sexo, existiendo la tecnología médica no cabría negarles el derecho de acceder a la parentalidad a través de las mismas y su correspondiente reconocimiento jurídico. El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁵⁶.

Profundizando este tema en relación al derecho a la no discriminación de las mujeres en particular, atento a los estereotipos de géneros tratados con anterioridad y “dado

⁵⁴ CADH art 24; DUDH art 7; PIDCP art 2.1 y 26

⁵⁵ Cuando refiere a condición social, se incluye la orientación sexual como categoría sospechosa. Véase Fallo Corte IDH “Atala Riff y nuñas vs. / Chile”.

Nótese que la Corte IDH en la actualidad al referirse a este artículo en su jurisprudencia hacen mención a cualquier otra condición, se ha suprimido el vocablo social, dando mayor apertura al artículo.

⁵⁶ Fallo Corte IDH Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

que estas técnicas se realizan mayormente en el cuerpo de la mujer y que, por lo general, es la mujer la que es estigmatizada por la falta de hijos (si bien la infertilidad puede tener origen masculino), cabe traer al análisis la normativa internacional que hace referencia a la no discriminación de las mujeres⁵⁷.

Hay que tener en cuenta, que Argentina ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por su sigla en inglés CEDAW); así, en estos casos se puede considerar el artículo 10 h y el artículo 14.2. b. Asimismo, se puede ver cómo el artículo 12.1 continúa la línea antes planteada: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. En este sentido, las recomendaciones del Comité de la CEDAW son bastante claras y relevantes y son congruentes con el derecho a procrear sin sufrir discriminación. La Recomendación General número 24 del Comité de la CEDAW hace referencia al tema “mujer y salud” y señala la obligación de los Estados de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”. En varias observaciones finales, el Comité de la CEDAW ha manifestado su preocupación por el limitado acceso de las mujeres a los servicios e información en materia de salud reproductiva, criticando los factores que entorpecen la asistencia médica a las mujeres, incluyendo consideraciones religiosas, la privatización de la salud y las restricciones presupuestarias⁵⁸.

⁵⁷ Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

⁵⁸ Luna, F. (2008)

En el fallo “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica” del 28 de noviembre del año 2012, la Corte IDH consideró que la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica pudo afectar tanto a hombres como mujeres, pero les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados a las mujeres por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad por cuanto si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las TRHA se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Por ello, aunque la prohibición de la FIV -en el caso- no este expresamente dirigida a mujeres y por lo tanto aparenta ser neutral, tiene un impacto desproporcional sobre ellas. Es importante destacar que el tribunal no validó dicho estereotipo de género, incompatible con el Derecho Internacional de DDHH, pero lo visibilizó a efectos de marcar el impacto desproporcionado de la prohibición de las técnicas lo que constituye discriminación indirecta.

En este sentido la Corte IDH dijo “[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. [...] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértils o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. [...] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su auto culpabilización aumenta en un grado ex-

tremo cuando surge la prohibición de la FIV [...]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la auto culpabilización”⁵⁹

Asimismo, también se debe tener en cuenta situación de las mujeres de escasos recursos. Estas mujeres que no han sido adecuadamente asesoradas o atendidas en su salud sexual y reproductiva, tienen secuelas e infecciones que las llevan a la infertilidad y no tienen posibilidad alguna de acceso a las TRHA si las mismas no son garantizadas por el sistema de salud público del país del cual son nacionales.⁶⁰

El derecho a formar una familia.

El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Véase Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 y Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile). Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas⁶¹. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos⁶². Los derechos reproductivos pueden interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia. En los casos de las personas con problemas de fertilidad, parejas homosexuales y personas que desean formar una familia monoparental esto resulta todo un

⁵⁹ Fallo Corte IDH Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

⁶⁰ Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

⁶¹ Fallo Corte IDH Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

⁶² CADH art 17; DUDH art 16 inc 3 y 22; PIDESyC art 10.1; PDCYP art 23.1, entre otros.

desafío y es el recurso de las TRHA el que les puede permitir hacer efectiva la formación de tal familia⁶³. En este sentido, además del citado artículo 17 de la Convención Americana, vale la pena considerar el peso que otros instrumentos de derechos humanos brindan a la familia. En el artículo 16 de la Declaración universal de derechos humanos se señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia⁶⁴ tal es así que el 5º párrafo de la Observación General No 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dice: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”. Por ende, cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.

De lo expuesto se extrae que impedir la implementación de TRHA implica la adopción de políticas públicas en relación a la planificación familiar que resultan discriminatorias y conllevan dejar sin la posibilidad de formar una familia y tener hijos a las personas que requieren de estos procedimientos. Se debe tener en cuenta que de no haber posibilidad alguna de acceso a estas tecnologías en su propio territorio se empuja, además, hacia un turismo reproductivo, al que sólo pueden acceder personas con los medios económicos y sociales que les permitan pagar estas técnicas, además de poder viajar a otro país y permanecer durante tales tratamientos. Hecho que en nuestro país se observa

⁶³ Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 (“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”)

en el caso de la Gestación por Sustitución, tema que será específicamente desarrollado en un Capítulo aparte.

Derecho a la privacidad y a la autonomía personal en relación a las TRHA

El derecho a la autonomía personal o a la privacidad, que en el derecho argentino emana del art. 19 de la Constitución Nacional (C.N.), ha sido entendido por Carlos S. Nino como el reconocimiento normativo del principio de autonomía de la persona, que junto a los principios de inviolabilidad y dignidad de la persona conforman el fundamento moral de todo el sistema de derechos previstos en la Constitución. “Este principio supone que siendo valiosa la libre elección individual del plan de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”⁶⁵.

“La fuente ideológica del art. 19 de la C.N. se encuentra en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, que en lo que a autonomía personal respecta, establece en su art. IV: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos (...)" y en su art. V prescribe: "La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad (...)" . Como puede advertirse, para la declaración revolucionaria francesa todo acto que no produjera un perjuicio a terceros era parte de la libertad per-

⁶⁵ Nino, C. S. (2012) Ética y derechos Humanos, Editorial Astrea, Buenos Aires.

sonal”⁶⁶ En línea con estas ideas puede decirse que la primera parte del art. 19 de la C.N. viene a receptar uno de los principios morales esenciales sobre el cual se erige el sistema de derechos, y establece con claridad el ámbito de libertad de las personas.”⁶⁷.

Como se expuso hasta aquí, el derecho a la autonomía personal está previsto en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, a lo que se debe sumar la normativa internacional con jerarquía constitucional a saber: el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en los arts. 4° y 5° de la Declaración Universal de los Derechos. Del análisis de estos instrumentos podemos afirmar que el derecho a la privacidad o a la autonomía personal protege “la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás” y protege la libertad de elegir el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceros”⁶⁸.

En este sentido, es necesario reconocer la exclusión que se ha hecho históricamente a ciertos grupos de personas por “ser” y “querer” una vida o un plan familiar diferente a los estándares fijados culturalmente. Nótese que, como producto de una cultura reactiva y agresiva hacia lo distinto, estamos acostumbrados a tildar de nocivo todo aquello que escapa a los lineamientos impuestos por nuestra propia moral (generalmente alineada a ese “ideal de vida” impuesto por los grupos hegemónicos): lo distinto ha sido equiparado a lo incorrecto y antinatural. Basta con mirar al pasado (que aún no termina de pasar) para observar como con abuso hemos disfrazado el prejuicio y la discriminación con la careta de la “moral pública”. ¿Cuánto cuesta entender que lo que es ideal para mí, puede

⁶⁶ Bracaccini, F. (2016), El derecho a la autonomía personal: las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional en Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina / Roberto Gargarella. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016.

⁶⁷ Bracaccini, F. (2016)

⁶⁸ Bracaccini, F. (2016)

no ser lo mejor para el otro? Y que esa realidad no me afecta en lo más mínimo, ni me produce un daño alguno.

Y aquí cabe traer al análisis la distinción entre moral privada y moral intersubjetiva que, siguiendo a Carlos Nino, propone Fernando Bracaccini: “en el marco del discurso moral existen dos aspectos o dimensiones, la moral personal o autorreferente y la moral intersubjetiva. Mientras que la primera se refiere a valoraciones o preferencias sobre modelos de virtud que repercuten solamente en el propio individuo, la segunda involucra acciones que provocan efectos sobre los intereses de otras personas. A partir del principio de autonomía personal, sólo son moralmente admisibles las interferencias estatales basadas en los efectos que un determinado acto provoca en la moral intersubjetiva, y son inaceptables aquellas intromisiones sobre el ámbito de la moral personal. La consecuencia lógica de afirmar que cada persona es libre de elegir el plan de vida que mejor le parezca, fundado en los valores que prefiera sin importar lo que piensen los otros, supone necesariamente que el Estado no puede interferir con ello, y por ende que se encuentra vedada toda intromisión en conductas que no afecten los derechos de terceras personas. El Estado debe ser neutral sobre las preferencias de los ciudadanos sobre cuestiones de moral privada⁶⁹ y debe adoptar políticas que garanticen esa libertad de opción de vida.

En el fallo “Atala Riff y niñas vs. Chile”, la Corte IDH ha expresado de manera clara que “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, de madres o padres solteros o de parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar

⁶⁹ Bracaccini, F. (2016)

distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”⁷⁰. “En este contexto jurisprudencial convencional, se asevera de manera elocuente 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”. Y agrega, “el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar 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” (párrafo 142). De ello se concluye la mirada benigna hacia las TRHA como un modo para ejercer el derecho a formar una familia. Además, se asume como la única vía para muchos en este marco de reconocimiento a diversos modelos familiares”⁷¹

Cabe hacer una distinción entre los términos privacidad e intimidad, muchas veces utilizados como sinónimos. La privacidad se vincula al contenido de los actos de las personas en pos de concretar el plan de vida propio, que se entenderán privados en tanto sólo afecten al propio agente y no dañen a terceros, sin importar el lugar o el medio en que son realizados, término relacionado al concepto de autonomía personal. En cambio, la intimidad se refiere a un ámbito exento del conocimiento generalizado de otros. El derecho a la intimidad, si bien se desprende del art. 19, C.N., como tantos otros derechos, se encuentra regulado específicamente en el art. 18, C.N., en tanto se protege el domicilio, los papeles privados y la correspondencia epistolar.⁷² Esta especificación tiene efectos prácticos, ya que el derecho a la intimidad admite excepciones como ser una medida de allanamiento del domicilio ordenada por un juez, en cambio, el derecho a la privacidad no cede por cuanto nace de la noción de la dignidad y libertad de la persona.

Ahora bien, continuando con las características del derecho a la privacidad o a la autonomía personal, se observa que hay situaciones en las cuales “la no interferencia es-

⁷⁰ Fallo Corte IDH “Atala Riffó y niñas vs/ Chile” (2012)

⁷¹ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39)

⁷² Bracaccini, F. (2016)

tatal no necesariamente nos asegura la posibilidad real de escoger el modo en que queremos desarrollar nuestra vida. El juez Petracchi afirmó en su famoso voto en "Bazterrica, Gustavo", que luego sostuvo minoría en "Montalvo, Ernesto Alfredo" y nuevamente en mayoría en "Arriola, Sebastián", que "el art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás". De tal manera, del art. 19 de la C.N. se desprende que i) el Estado no debe interferir en nuestras acciones a menos que las mismas generen un daño a terceros, y que ii) es Estado debe garantizar a los ciudadanos el derecho de elegir su plan de vida.⁷³ (El subrayado me pertenece).

Volviendo a las Sentencias emanadas del más alto tribunal regional, se debe mencionar que el derecho a la vida privada y a la autonomía personal fue invocado por la Corte IDH en el fallo "Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica", también del año 2012, tribunal que afirmó en dicho caso que toda persona tiene derecho "de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana". Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser, o no, madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. Por otra parte, desde la obligada mirada sistémica de la cual se deriva la interdependencia de los derechos humanos, la CIDH reconoce, en el párrafo 146, que el derecho a la vida privada se vincula de manera directa con "i) la autonomía

⁷³ Bracaccini, F. (2016).

reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho⁷⁴.

Derechos sexuales y reproductivos

En este punto trataré de abordar en forma breve un tema tan complejo como los derechos sexuales y reproductivos de las personas en el derecho internacional. Veremos que inicialmente la reproducción fue tratada por los distintos países desde el punto de vista del desarrollo⁷⁵ como parte de las políticas poblacionales, tal es así que los Estados desarrollaron todo tipo de estrategias y políticas para persuadir, obligar o presionar a las mujeres para que pueblen el mundo o se abstengan de hacerlo por el “bien común”.

En este contexto de vulneración de derechos de las mujeres, la Comunidad Internacional entendió la necesidad de reconocer los derechos sexuales y reproductivos como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ahora bien, la discusión germinal se dio en el marco del derecho humano a la salud, y en particular de la salud de las mujeres, para luego pasar a ser un derecho humano en sí mismo, y tiempo después ser ampliado al grupo de personas LGTBI+.

En este sentido asevera Montaño “tres son los procesos en los que se refleja el camino recorrido por la institucionalización del concepto de derechos sexuales y reproductivos. En primer lugar, está el debate vinculado al desarrollo y particularmente a las políticas de población. En segundo lugar, la relación de los derechos humanos con la legislación vigente en América Latina, particularmente las leyes civiles, familiares y penales que dan cuenta de las prohibiciones dirigidas a regular el comportamiento de los cuerpos. En tercer lugar están los cambios en las políticas de salud. Estos tres procesos sufrie-

⁷⁴ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39).

⁷⁵ El desarrollo entendido desde el punto de vista meramente económico, acepción que en la actualidad hemos superado.

ron el impacto de las acciones del movimiento feminista, que desarrolló estrategias orientadas a cuestionar y proponer cambios en cada uno de ellos. Así, desde distintos flancos, se ha contribuido a transformar las leyes, los enfoques sobre las políticas de población y salud, articulándolos a partir de una visión que privilegia los derechos humanos entendidos como parte inalienable de los derechos de las mujeres y las niñas”⁷⁶.

En este marco en 1994 y 1995 se realizaron dos importantes encuentros que consagraron los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en el año 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995. De sus informes se observa que la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva, congruente con la definición de salud integral declarada por la OMS:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjun-

⁷⁶ Montaño, S. (1996) “Los derechos reproductivos de la Mujer”. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

to de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”⁷⁷(El subrayado me pertenece).

Si bien lo primero que se tiene en cuenta cuando se analiza este concepto es el servicio de anticoncepción y procreación responsable apropiado, atención durante el embarazo y parto, prevención de enfermedades de transmisión sexual, atención del VIH, esta definición es bastante más amplia⁷⁸, “entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y el acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y den a las personas las máximas posibilidades de tener hijos sanos⁷⁹.

Luego, el instrumento que surge de esta conferencia continúa diciendo⁸⁰ :

“Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reco-

⁷⁷ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas · Nueva York, 1995.

⁷⁸ Luna, F. (2008)

⁷⁹ Bladillo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39)

⁸⁰ La Santa Sede expresó una reserva general sobre este capítulo. La reserva debe interpretarse a la luz de la declaración formulada por el representante de la Santa Sede en la 14^a sesión plenaria, celebrada el 13 de septiembre de 1994.

nocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (...) La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. (...) Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada”

Teniendo en cuenta la definición de derechos reproductivos emanada de estas importantes Conferencias, se observa que no se hace otra cosa que reafirmar derechos ya reconocidos, tanto en las leyes nacionales como en documentos internacionales. Se enfatiza por un lado, el derecho a la libre decisión y, por otro, se especifica la necesidad de eliminar toda forma de coacción en relación a la salud. De esta manera, luego de atrave-

sar las Conferencias de Población y Derechos Humanos, el concepto de derechos reproductivos ingresa al ámbito de los derechos humanos. Por lo expuesto, este encuentro entre derechos reproductivos y lucha contra la violencia, al borrar la rigidez de las viejas fronteras, abre nuevos campos conceptuales⁸¹.

Ahora bien, es necesario analizar estos instrumentos en profundidad, teniendo en cuenta el contexto de negociaciones entre las distintas fuerzas políticas que formaron parte de ambos encuentros. Si bien en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) se adelantó sustantivamente en el proceso de institucionalización de los conceptos de derechos reproductivos. Sin embargo, como concesión a los países confesionales y la Santa Sede, allí se fragmentó la unidad conceptual entre salud sexual y reproductiva, unidad que fue salvada un año después en Beijing. “En el documento de El Cairo, se habla de derechos reproductivos como derechos ya reconocidos que se refieren al “derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento y el intervalo entre estos, así como el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva”. Incluye también la Conferencia Mundial sobre Población el rechazo a las formas de violencia y coacción. Se menciona la estrecha vinculación entre el conocimiento y las posibilidades de un ejercicio soberano de este derecho, pero el acápite en su denominación refiere exclusivamente a los derechos reproductivos y no a los sexuales. “Luego de esos logros, Beijing no sólo abordó con más soltura el tema de la salud sexual, sino que dio un salto cualitativo al tratarlo como un problema de derechos humanos. Ratifica lo planteado en otras reuniones internacionales acerca de la necesidad de tipificar como violencia contra la mujer toda forma de violencia

⁸¹ Montaño, S. (1996) “Los derechos reproductivos de la Mujer”. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

física, sexual y psicológica en los ámbitos público y privado. Concretamente se refiere a la violación en el matrimonio, las violaciones y toda forma de abuso sexual”⁸².

Hay autores que separan conceptualmente los derechos sexuales de los derechos reproductivos entendiendo que “por un lado, se encuentran los derechos sexuales y todo lo relativo al derecho a la no reproducción; por el otro, los derechos reproductivos, es decir, el derecho a la procreación⁸³. En este sentido se expidió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general 22, del 2 de mayo de 2016, dijo: "La salud sexual, tal como se define por la Organización Mundial de la Salud, es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". Por otro lado, la salud reproductiva "se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de tomar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una gama de reproducción información de salud, bienes, instalaciones y servicios que permiten a las personas tomar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo".⁸⁴

En cuanto a esta división entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos cabe cuestionar este fraccionamiento más allá de lo meramente académico o descriptivo, porque no debemos olvidar que en la Conferencia de Viena del año 1993 se estableció el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos por cuanto protegen la dignidad del ser humano –dignidad comprendida como un todo que no admite partición. Y esta misma lógica siguen los derechos sexuales y reproductivos, los que se

⁸² Montaño, S. (1996) “Los derechos reproductivos de la Mujer”. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

⁸³ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39).

⁸⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "The right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)", Colectivo Derecho de Familia. Disponible

en http://www.colectivoderechofamilia.com/wpcontent/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC_Derechos-sexuales-y-Reproductivos-02-05-2016.pdf

conjungan para proteger este aspecto de la persona, no solo desde el punto de vista de la salud, sino desde el derecho a la libertad.

Más allá del avance que significó el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en El Cairo y en Beijing, quedaron pendientes aspectos relacionados con las opciones sexuales. Si debe mencionarse que en esa oportunidad se abrió el debate a considerar el derecho a la orientación sexual como un derecho humano, aunque no se tuvo la adhesión suficiente de los participantes. Se destaca que no fueron pocos los países que manifestaron que el adoptar la Convención contra toda Forma de Discriminación implicaba rechazar todas las formas de discriminación vigentes en la sociedad, incluida la discriminación por opciones sexuales⁸⁵. En este sentido el tiempo y la labor de la jurisprudencia ha ido poniendo las cosas en su lugar, resultando invaluable la labor de la Corte IDH sobre todo durante el año 2012 en los que se dictaron las sentencias en los casos “Atala Riffó” y “Artavia”⁸⁶.

En fecha más reciente, el 2 de mayo de 2016, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha emitido la Observación General 22 dedicada al “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En esta oportunidad, el Comité advierte que, debido a las numerosas barreras legales, de procedimiento, prácticas y sociales, el acceso pleno al derecho a la salud sexual y reproductiva, tales como instalaciones, servicios, bienes e información es seriamente restringido. Añadiendo que el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas. Destaca, asimismo, que hay individuos y grupos de la población que experimentan múltiples formas de discriminación que exacerbaban la exclusión en la legislación y en la prácti-

⁸⁵ Montaño, S. (1996) “Los derechos reproductivos de la Mujer”. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁸⁶ En el mismo año la Corte IDH se expidió en el caso “Fornerón”, condenando a la Argentina por no permitir que una niña permanezca al cuidado de su padre biológico, por razones discriminatorias.

ca (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y personas con discapacidad). Estas personas tienen mayormente restringido el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva. En este contexto, el Comité subraya que la atención integral de la salud sexual y reproductiva contiene cuatro elementos esenciales interrelacionados: enfatizamos que “La omisión o negativa para incorporar los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, tales como medicamentos para el aborto, tecnologías y avances en el tratamiento del VIH y de reproducción asistida, pone en peligro la calidad de cuidado”⁸⁷

Derecho a gozar de los avances científicos

Al momento de considerar las TRHA, debemos tener en cuenta que son técnicas que involucran progresos científicos que permiten superar problemas físicos que impiden el logro y/o continuación del embarazo o que brindan la posibilidad de tener hijos y cumplir con el plan de vida familiar elegido en el caso de las parejas homosexuales o personas que desean conformar una familia monoparental.

El derecho humano a beneficiarse del progreso científico está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 15.1.b señala que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. Este artículo del Pacto tiene por objeto asegurar que quienes integran la sociedad puedan disfrutar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos, que incluye el derecho a dar y recibir información sobre adelantos resultantes de los nuevos conoci-

⁸⁷ Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39).

mientos científicos y tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el Pacto⁸⁸.

Por ende, puede entenderse que todas las personas tienen derecho al acceso de las TRHA -tecnología producto de la ciencia- como medio para el ejercicio de derechos tales como derecho a la privacidad y a la autonomía personal, a la libertad, a la vida familiar y a la salud sexual y reproductiva, todo ello al amparo del principio de igualdad y no discriminación.

En esta línea de ideas se expidió la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” respecto a las TRHA: “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e

⁸⁸Luna, F. (2008)

innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”⁸⁹.

La ciencia puesta al servicio de la humanidad ha modificado la calidad de vida del ser humano y ha duplicado la esperanza de vida promedio. Haciendo uso de la ciencia hemos abatido y prevenido enfermedades fulminantes, somos capaces de insertar tejido de personas muertas en los cuerpos de personas que lo necesitan, transfundimos sangre, hacemos trasplantes de órganos, nos colocamos prótesis que reemplazan o modifican partes de nuestro cuerpo. Los avances tecnológicos de la ciencia médica van a paso de gigante y es claro que se deben poner límites en algún punto.

Lo natural o antinatural ya no es un criterio aceptable para legitimar o no una práctica médica, debemos ser coherentes en este sentido y entender que desde el momento en que nos ponemos una vacuna para prevenir una enfermedad, o tomamos un antibiótico para cortar un proceso infeccioso, estamos alterando un fenómeno de la naturaleza. La medicina es ciencia utilizada para cambiar el rumbo de la naturaleza cuando al ser humano le conviene. El problema se encuentra en que la mayoría de las veces las reglas que limitan la ciencia médica, o los criterios para su aplicación, generalmente son establecidas por ciertos grupos que no representan los intereses de toda la humanidad, de acuerdo a estereotipos y prejuicios discriminatorios.

Conclusión

Nuestro país ha ratificado instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio, cuya inobservancia acarrea responsabilidad ante la Comunidad Internacional. En los mencionados instrumentos se encuentran reconocidos el derecho a la igualdad, a la vida familiar, a la privacidad y a la autonomía personal, a la libertad, a la salud integral y al

⁸⁹ Fallo Corte IDH “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”

goce de los avances científicos. Todos derechos que se proyectan en la noción de derechos sexuales y reproductivos. Por ello, puede afirmarse que Argentina reconoce el derecho a procrear como parte de los derechos reproductivos.

En base al principio de igualdad, el Estado tiene el deber de garantizar la igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Tal es así que el acceso a técnicas de reproducción como medio para formar la familia deseada, debe ser una posibilidad tanto para parejas heterosexuales, como para parejas homosexuales, o personas que deciden formar una familia monoparental sin que la orientación sexual pueda ser un factor determinante para negarse tal derecho.

Es cierto que existen estereotipos y presiones sociales que empujan a la mujer hacia la maternidad, y en algún punto las existencias de las TRHA podrían reforzar esa idea. Pero no puede desconocerse la autonomía de las mujeres para decidir sobre su cuerpo, su sexualidad y su fecundidad. Las TRHA son una técnica médica superadora de un problema como cualquier otra, el problema es el estereotipo construido a nivel social. Debemos atacar el estereotipo de género a través de políticas públicas de inclusión y educación, y brindar a las mujeres información clara para hacer valer sus deseos y derechos.

De acuerdo a las sentencias de la Corte IDH en los fallos “Artavia”, “Atala Riffó” y “Fornerón”, el Derecho Internacional de Derechos Humanos no protege un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”. El concepto de vida familiar 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. Por ello, interpretando a las TRHA como un modo para ejercer el derecho a

formar una familia, estas técnicas se erigen como la única vía para muchos en este marco de reconocimiento a diversos modelos familiares⁹⁰.

⁹⁰ Fallo Corte IDH “Atala Riffó y niñas vs. Chile”

CAPÍTULO III

FILIACIÓN: LAS TRHA COMO TERCERA FUENTE FILIAL. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

Introducción

Mucho se ha hablado de la crisis de la familia debido a los drásticos cambios que ha experimentado, pero tal crisis no tuvo lugar en la familia como organización social en sí, porque las familias no dejaron de existir y continuaron cumpliendo su función primera: la contención y acompañamiento mutuo entre sus integrantes durante el desarrollo de sus planes de vida⁹¹. Si, en cambio, puede decirse que entró en crisis el concepto de familia tradicional, el cual fue puesto en jaque por la sociedad misma cuando no se vio representada en él.

La familia es una organización social dinámica y evolutiva y “los Estados deben reconocer todas las formas de relaciones familiares, tomando la realidad social a fin de salvaguardar el concepto de democratización de las familias”⁹². Por lo tanto, el derecho que regula a esta institución debe atender a todas las estructuras familiares que se presentan para abrazar y dar encuadre normativo a las distintas realidades existentes. En este sentido, previo a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial⁹³, el derecho de familia argentino no lograba dar respuesta a los problemas de las familias de la sociedad moderna, ni resultaba un marco regulatorio eficaz. Era notoria la necesidad de adecuar nuestra normativa interna a los estándares de los tratados internacionales de derechos humanos que ya formaban parte de nuestro bloque constitucional, pero cuyo impacto real no era el

⁹¹ Principio de solidaridad familiar.

⁹² Conclusiones del XVII Congreso de Derecho de Familia, Mar del Plata Argentina, Año 2012.

⁹³ No obstante, se dictaron leyes modificatorias que significaron grandes avances en materia de conquista de derechos y actualización del Código Civil de Vélez Sarsfield, sin las que nuestro ordenamiento normativo habría entrado en crisis mucho antes (Divorcio Vincular, Igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, Ley de Protección Integral de NNyA, Ley de Identidad de Género, entre otras.).

esperado. Las disposiciones del Código Civil Argentino del siglo XIX seguían marcando el rumbo de la práctica jurídica “a pesar del advenimiento de normativas posteriores con una mirada más acorde con la doctrina internacional de los derechos humanos, obligatoria para el país de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁴. Tal es así que hacía falta una compatibilización entre las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país y la normativa interna argentina, para evitar que los jueces debieran dictar la inconvenencialidad de las normas civiles argentinas desajustadas al corpus iuris internacional.

No obstante, cabe aclarar que el derecho de familia ya no era el mismo que aquel original propio del Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual se vio modificado por distintas reformas parciales que lo fueron actualizando. Entre ellas cabe mencionar la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes⁹⁵, la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres⁹⁶ que completa la política antidiscriminatoria respecto de las mujeres y tiende a su protec-

⁹⁴ Herrera, M. (2016) La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia. Revista de derecho de Familia N°73, Abelardo Perrot, marzo de 2016, p. 8.

⁹⁵ “La doctrina de la protección integral, instaurada ya por la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Argentina mediante la Ley N° 23.849 en 1990, ha producido un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la “situación irregular” o modelo tutelar, que consideraba a los niños como “menores”, “incapaces” y “objeto” de protección y representación por parte de sus progenitores y el estado; pues bien ahora son los niños y adolescentes “sujetos” de derecho, y no meros “objeto” de protección, lo cual implica concederles la titularidad de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de personas en desarrollo”. Gil Domínguez, A.; Fama, M. V.; Herrera, M. (2006). Derecho Constitucional de familia. T. 2. Ediar. Buenos Aires.

⁹⁶ Más precisamente denominada Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollos sus relaciones interpersonales, fue sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada de hecho el 01 de abril del mismo año. Su adopción fue causa del impulso impuesto por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, más conocida como “Convención Belem Do Para”, quien fuera ratificada por la Argentina en el año 1995, y la cual obliga a todos los Estados firmantes en su Art. 7º inc. c “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

ción frente a las distintas formas de violencia que históricamente fue ejercida contra este grupo, la Ley N° 26.579 que determina la mayoría de edad a los 18 años⁹⁷, la Ley N° 26.618 que extiende el matrimonio a las parejas de un mismo sexo⁹⁸, la Ley N° 26.743 de Identidad de Género⁹⁹, la Ley N° 26.742 de Muerte Digna¹⁰⁰ y la Ley 29.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida del año 2013.

Si bien estas leyes significaron un gran aporte en materia de reconocimiento de derechos, durante mucho tiempo funcionaron como parches de un sistema que hacía aguas y que a todas luces ya no acompañaba los cambios de nuestra sociedad y las necesidades de las familias. Estas leyes incorporaron reformas en instituciones que estaban pensadas para un contexto diferente con otras estructuras, y por ello se generaron múltiples incongruencias que llevaban a que el intérprete continuamente acuda a ficciones o declaraciones de inconstitucionalidad con el objetivo de vencer dichas desarmonías. Hacía falta un cambio que armonice las nuevas soluciones en forma integral¹⁰¹ atendiendo siempre a la idea de que “tanto los sujetos observados como los sujetos observadores de la ciencia están constituidos socialmente y, por lo tanto, deben ser analizados e interpretados dentro de su contexto histórico – social”¹⁰².

Ahora bien, es sabido que la evolución social es paulatina, pero siempre adelantada a las estructuras oficiales. “La irrupción de los DDHH ha significado que las relaciones de familia giren contundentemente, nutriendo a la familia de derechos individuales y

⁹⁷ Fecha de Sanción: 02/12/2009. Fecha de Promulgación: 21/12/2009. Publicado en: Boletín Oficial 22/12/2009.

⁹⁸ Fecha de Sanción: 15/07/2010. Fecha de Promulgación: 21/07/2010. Publicado en: Boletín Oficial 22/07/2010.

⁹⁹ Fecha de Sanción: 9/05/2012. Fecha de Promulgación: 23/05/2012. Publicado en: Boletín Oficial 24/05/2012.

¹⁰⁰ Fecha de Sanción: 09/05/2012. Fecha de Promulgación: 24/05/2012. Publicado en Boletín Oficial 24/05/2012.

¹⁰¹ Medina. G. (2013) Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. [en línea]. Disponible en: <http://www.graciamedina.com/las-grandes-reformas-al-derecho-de-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-201/> (Consulta: 03-01-2017).

¹⁰² Frankerber, G. (2011). Teoría Crítica. Revista Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA año 9, nro. 17, p. 67.

de la noción de igualdad – principalmente- que tantas transformaciones opera”. Siguiendo esta línea de ideas, se puede afirmar que las reformas legales no escapan a los cambios de la sociedad y funcionan como resultado de dos aspectos: como “consecuencia” y como “fin”. El primero de ellos se debe, como lo anunciamos, al desarrollo evolutivo que las sociedades experimentan y que requieren de soportes legales indispensables que den marco normativo a sus relaciones; y el segundo de los aspectos, responde a una necesidad deontológica. Nótese que “aquellos arreglos familiares que se diferencian del imaginario social construido en relación con la llamada familia heterosexual– privados, hasta entonces, de las cartas necesarias para lograr este reconocimiento– han sido los que lograron transformaciones con inevitables implicancias políticas, dado que no solo se disputa una representación o una idea de lo familiar, sino un principio fundamental que históricamente ha estructurado las relaciones sociales y que ha tenido consecuencias en el orden social y jurídico (Vaggione, 2008). Entendiendo que el orden legal tiene efectos concretos en las prácticas, las actitudes y las identidades sexuales que se consideran legítimas, así como en las que se consideran prohibidas, invisibilizadas y criminalizadas (Vaggione, 2012), es que las transformaciones en el derecho no son ajenas a las disputas en el campo social¹⁰³. En este sentido cabe destacar que cuando se planteó modificar la legislación dentro del derecho de familia, por un lado se tuvo en miras acompañar el dinamismo propio de las relaciones familiares y reconocer el gran abanico de realidades que existen y que antes eran silenciadas, buscando garantizar la igualdad en las diversas formas familiares, la igualdad en el tratamiento de género y la diversidad sexual, la igualdad en la procreación asistida, entre otros aspectos. Pero, por otro lado, la reforma se planteó como medio para lograr una meta, la nueva normativa busca marcar el camino hacia una socie-

¹⁰³ Johnson, M. C. (2020) Las familias como copias. Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y desigualdades reproductivas Con X, núm. 6, Universidad Nacional de La Plata.

dad más inclusiva e igualitaria. Como expone Aida Kemelmajer de Carlucci: “la familia llamada tradicional, esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio) paternalizada y patrimonializada (o sea, dependiente económicamente y en otros aspectos del poder del padre) sacratizada (nacida en formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo. Elementos muy diversos incidieron para abandonar ese modelo, consagrado por el Código de Napoleón y seguido por muchos Códigos del derecho continental, que algunos calificaron de patriarcal, jerárquico, autoritario burgués y desigualitario”¹⁰⁴. Esto se reflejó en las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial vigente desde el 1 de agosto del 2015, el cual planteó reformas sustanciales a los esquemas tradicionales que ya no daban respuesta a los requerimientos de una realidad social mucho más compleja. Presentándose entonces una oportunidad para repensar varias instituciones jurídicas, entre ellas, la Filación, como concepto fundamental en las relaciones familiares¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo introductorio en Tratado de derecho de familia, Rubinzel – Culzoni, Santa Fe, 2014 ps. 9 y ss.

¹⁰⁵ Como bien enuncia Herrera M. en su trabajo: Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil: “Ya no se pone en duda que la familia no es una sola; aquella formada por un matrimonio integrado por dos personas de diferente sexo cuya unión se mantiene “para toda la vida”, con hijos producto del acto sexual entre ellos. Esta familia en singular ha pasado a compartir el escenario con otras diversas formas de vivir en familia. Claro está, ello implica complejidad. Indudablemente, la realidad social se muestra más compleja”. [en línea]. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil/>

A su vez, Cárdenas E. J. en su estudio: La familia en el Proyecto del Código Civil ¿cómo evaluar sus novedades? expresa: “Los autores del proyecto han entendido, y han entendido bien, que la creciente pérdida de prestigio social del matrimonio no obedece a la pérdida de virtudes morales sino a que la familia basada en él no es necesaria como organizador social. Y la reforma concreta este aspecto en su punto justo, cercano a la desaparición del matrimonio. Es comprensible que esto duela a muchos. Pero la buena noticia, para ellos y para todos, es que la familia sigue existiendo y con ella el bien común familiar, que tiene relación con aquel tercer aspecto subsistente: el cuidado mutuo por parte de los integrantes del grupo. Y a eso se dedica el proyecto: a cuidar y en lo posible fortificar esta importantísima función, que la familia en todos los tiempos tuvo. Es que la familia es y será el lugar donde el sexo puede expandirse en condiciones más confiables, el lugar donde los más débiles son tratados con cariño y con piedad, el lugar donde el ser humano recibe y da la primera autoestima y el primer reconocimiento y muchos de los sucesivos, el lugar en suma donde se aprende a crecer solidariamente.”[en línea]. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/la-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-como-evaluar-sus-novedades/>

El derecho de filiación es uno de los pilares del derecho de familia, y el presente Capítulo tiene la intención de hacer un pasaje por los nuevos parámetros que ha puesto en juego el Código Civil y Comercial de la Nación en relación al vínculo filial como uno de los puntos medulares de esta rama del derecho privado. Se analizará su concepto y las distintas formas y matices que este instituto ha detentado antes y después de la última reforma al Código. Luego se entrará por completo en el análisis de su mayor innovación, la cual nos llama a replantear todos nuestros conocimientos, estamos hablando de las técnicas de reproducción humana asistida como reciente y tercera fuente filial en respuesta al fenómeno conocido como “Revolución Reproductiva”. Y por último se desarrollará el análisis de la causa fuente de este tipo de filiación: la voluntad procreacional, es decir la voluntad de ser madre o padre, donde se expresa en su máxima potencia el ejercicio de la autonomía personal para el logro del proyecto de vida autorreferencial.

Filiación

Para iniciar este análisis corresponde indagar sobre la noción de filiación y su evolución a lo largo del tiempo. La Real Academia Española define la filiación como la ‘procedencia de una persona respecto de unos determinados padres’. “Mayoritariamente la doctrina nacional ha conceptualizado a la filiación como como el vínculo jurídico existente entre los padres y los hijos provenientes de la procreación, aludiendo a una de las formas de la filiación: la filiación por naturaleza (...) Con criterio más incluyente luego se ha afirmado que la filiación puede definirse como el vínculo jurídico existente entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también puede encontrar su fuente en la ley misma

(filiación por adopción)”¹⁰⁶. Esto responde a que inicialmente el Código Civil regulaba un solo tipo de filiación: la filiación por naturaleza o biológica, es decir, la derivada del acto sexual y recién en el año 1948, al sancionarse la ley N°13.252, se reconoció la filiación adoptiva¹⁰⁷.

Ahora bien, a efectos de reconocer una manera más de acceder a la maternidad y a la paternidad que se viene realizando hace mucho tiempo¹⁰⁸ en la realidad, una de las principales incorporaciones del Código Civil y Comercial de la Nación en el campo de las “relaciones de familia” se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como tercera fuente de filiación, que genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza y la adopción en forma plena. Es decir que el Código Civil y Comercial regula de manera autónoma la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo que cada una de estas fuentes filiales posee reglas propias que merecen tener su espacio en la legislación civil. Tal es así que el art. 558 del Código Civil y comercial fue redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

¹⁰⁶ Bonzano, M. A. (2016) Filiación en Manual de Derecho de las Familias según el Código civil y Comercial de la Nación/ Lloveras Nora. Córdoba Jurídica Mediterránea, 2016

¹⁰⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marisa Herrera. Libro Segundo. Relaciones de familia - Título V. Filiación Capítulo 1. Disposiciones Generales.

¹⁰⁸ El 25 de julio de 1978, en el Reino Unido nació la primera bebé por fecundación in vitro, es el caso de Louise Brown conocida como “la primera bebé probeta”.

En concordancia, al buscar un concepto de filiación inclusivo y abarcativo de las distintas fuentes y realidades familiares podríamos decir que “filiación” es el vínculo jurídico que existe entre los hijos y sus progenitores derivados del lazo biológico, de las TRHA o de la adopción¹⁰⁹.

El Instituto de Filiación antes y después de la reforma

Haciendo un breve análisis histórico respecto a la evolución de la Filiación en nuestro derecho podemos decir que, en la redacción originaria del Código Civil, Vélez Sarsfield distinguía entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a estos últimos a su vez los clasificaba como naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Luego como consecuencia de la evolución social y jurídica, estas clasificaciones fueron eliminadas por la Ley N°14.367 del año 1954, suprimiendo las discriminaciones que se hacían respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Fue recién con la Ley N°13.252 que se incorporó al sistema jurídico argentino el instituto de la adopción.

Más adelante la Ley N° 23.264 de 1985, al regular la determinación de la filiación, estableció el principio de igualdad de efectos entre la filiación matrimonial, la extramatrimonial y la adopción plena¹¹⁰. Tal es así que el art. 240 del Código de Vélez en la Reforma Ley N°23.264 decía textualmente: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por Naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial*”. “*La filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.*”

¹⁰⁹ Bonzano, M. A. (2016) Filiación en Manual de Derecho de las Familias según el Código civil y Comercial de la Nación/ Lloveras Nora. Córdoba Jurídica Mediterránea, 2016

¹¹⁰ Brunel, T. F.; Huais, M. V.; Tissera Costamagna, R. y Vilela Bonomi, M. V. (2015) Pluriparentalidad, Filiación e identidad en el CCYC. Comisión N° 6, Familia: “Identidad y filiación”. Bahía Blanca, 2015

Como se ha anticipado hasta aquí, la normativa vigente hasta el 31 de julio de 2015, propia del Código Civil anterior y sus leyes complementarias, contemplaba dos fuentes de filiación: la filiación como producto de la naturaleza y por adopción (arts. 240 a 263 C.C.), mientras que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora y reglamenta una tercera fuente de filiación: las técnicas de reproducción humana asistida.

A partir de esta reforma, además de la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, se agrega como tercera fuente filial las técnicas por reproducción humana asistida (de ahora en adelante las TRHA). La adopción plena, la filiación por naturaleza y por TRHA, sea de carácter matrimonial o extramatrimonial, generan los mismos efectos jurídicos, igualando en derechos, a los hijos nacidos por naturaleza, por fecundación asistida y por adopción¹¹¹.

Durante el debate previo a la reforma, en relación a esta novedad surgió el interrogante acerca de si las técnicas de reproducción humana asistida daban lugar a un tipo filial diferente merecedor de un espacio propio dentro de la regulación, es decir si era necesario ampliar el panorama conformado hasta el momento por la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, o si por el contrario, el uso de TRHA se trataba de un supuesto específico dentro de la filiación por naturaleza. Por lo tanto, la discusión giraba en torno a si las TRHA son o no una causa fuente autónoma de la filiación. Finalmente, el nuevo Código estableció que sí, que las técnicas de reproducción humana asistidas crean un vínculo de filiación que tiene particularidades esenciales distintas de la filiación por naturaleza y por adopción, y que por ello es necesario sentar reglas que respeten las especificidades de las TRHA y que aporten soluciones adecuadas a la complejidad de este tipo de relaciones. Algunos fundamentos se basan en las diferencias con los otros dos

¹¹¹ Herrera, M. (2015). En Lorenzetti, Ricardo Luis (director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 473.

tipos filiales y otros argumentos, en las especificidades propias que se derivan del uso de las TRHA. Lo cierto es que, si en materia de derecho de familia regulamos por igual situaciones que son claramente distintas, seguramente en algún punto la regulación arrojará soluciones injustas - o al menos insuficientes- a problemas que atañen a lo más íntimo y sensible de la personalidad humana como la identidad, la privacidad, el derecho a la vida íntima y familiar.

Por otra parte, fundado en el principio de igualdad, otro gran cambio que se consolida con la reforma del Derecho de Familia y que tienen intima vinculación con las TRHA como fuente de filiación autónoma, es que en materia de relaciones familiares no resulta relevante el género y la orientación sexual de las personas con quienes se crean vínculos. La filiación no es una excepción a esta regla. Cabe destacar que este cambio no es una innovación del el C.C. y C. N., por cuanto es anterior: recordemos la Ley 26.618; pero la reforma mantiene estos valores axiológicos sobre los cuales edifica la regulación de la vida familiar, con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación, intentando además utilizar un lenguaje inclusivo acorde a este objetivo¹¹².

Alimentando esta postura cabe reseñar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Atala Riffó c/ Chile”, del 24 de febrero de 2012¹¹³, ha señalado que las distinciones basadas en la orientación sexual de las personas constituyen una categoría sospechosa y que, por lo tanto, amerita un escrutinio estricto, pues se debe adoptar una postura severa cuando se pretende excluir un derecho fundado en la orientación sexual de las personas. En este sentido se considera que toda distinción fundada en la orientación sexual de las personas se presume discriminatoria y contraria a la normativa establecida

¹¹² El lenguaje no es inocente, en este sentido el cambio en la terminología de la normativa tiene un doble sentido: por un lado, abarcar en la regulación a todas las personas, sin distinguir género u orientación sexual; y por el otro, educar.

¹¹³ Corte I.D.H., febrero 24-2012. Caso: “Atala Riffó y niñas vs. Chile”. [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

en nuestro bloque constitucional, y esto debe tenerse en miras cuando hablamos de los derechos de las personas a formar una familia y desarrollar su plan de vida.

“Con la finalidad de dar cuenta de esta igualdad, y en total consonancia con la idea que subyace en el C. C. y C. N. de que el lenguaje no es neutro, se utiliza en forma genérica el término “progenitores”, que involucra casos de filiación de igual o de diverso sexo. Esta postura de alejar el término “progenitor” del elemento genético-biológico, es la línea que adopta la Corte IDH, que reconoció “utilizará en un sentido amplio el término ‘progenitores’ (...) a quienes efectivamente constituyen parte de la familia (...) Y por lo tanto son titulares de la protección a la familia acordada en los arts. 17 de la CADH...”¹¹⁴ (Corte IDH, OC 21/2014, “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19/08/2014, párr. 272).

La regla del doble vínculo filiar del Art. 558 C.C. y C. N.

Ahora bien, continuando con el análisis del artículo en cuestión (Filiación 558) se observa que el Nuevo Código Civil y Comercial recepta la regla del doble vínculo filiatorio que establece que “*toda persona puede tener hasta un máximo de dos vínculos filiales*” manteniendo el sistema binario para todos los casos de filiación, ya sea por naturaleza, por TRHA o por adopción. Es decir que, según la normativa mencionada todo niño o niña puede tener una madre y/o un padre, o dos madres, o dos padres. En todo caso siempre uno o dos vínculos, pero no más. Por lo tanto, quien pretende tener un nuevo vínculo filial y ya tiene asignado dos, deberá necesariamente proceder a impugnar y desplazar uno para el correspondiente emplazamiento y para que se mantenga el máximo de dos vínculos filiales. “El C.C. y C. N. sigue la línea legislativa de la gran mayoría de los países: limitar a dos la cantidad de vínculos filiales que una persona puede ostentar. De este

¹¹⁴ Herrera, M. en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de Marisa Herrera - Gustavo Carramelo - Sebastián Picasso, Tomo II, Filiación.

modo, quedarían afuera las llamadas “familias pluriparentales”, es decir, aquellas familias cuyos niños poseen más de dos filiaciones. Por lo general, se trata de niños que nacen en el marco de una relación de pareja conformada por dos personas del mismo sexo, que deciden llevar adelante el proyecto parental con otra persona conocida que, además de aportar su material genético, también colabora en la crianza y educación del niño”¹¹⁵.

Cabe cuestionar este rígido límite, nótese que el sistema binario resulta insostenible en ciertos casos de adopción¹¹⁶ y que ya se han registrado niños nacidos por TRHA con tres filiaciones¹¹⁷ precisamente porque el plan de vida familiar fue proyectado de ese modo: tres progenitores que desean tener un hijo/a para acompañarlo en su desarrollo a lo largo de la vida. Tal es así que parte de la doctrina ha cuestionado la validez de esta regla, sobre todo si tenemos en cuenta que en la actualidad las familias adoptan diversas formas y composiciones, y que todas y cada una de estas familias merecer reconocimiento y protección en igualdad de condiciones.

En este sentido la regla del doble límite puede ser apropiada para los casos de filiación por naturaleza, en donde la situación es más simple por cuanto el vínculo es generado por un acto sexual entre dos personas, pero en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida estamos hablando de situaciones un tanto más complejas en las cuales el vínculo tiene origen en la voluntad procreacional por lo cual establecer tal límite

¹¹⁵ Herrera, M. comentario en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, Tomo II, Filiación

¹¹⁶ En aquellos casos de adopción simple en los que se mantiene el vínculo con los progenitores de origen y se crean vínculos con los progenitores adoptivos; en los casos de adopción plena en los que por decisión judicial se decide mantener el vínculo con los progenitores de origen; o en los casos de filiación por integración otorgada con los mismos efectos que la adopción simple (Sambrizi, 2016:27).

¹¹⁷ Antonio GGM fue el primer niño en el país en obtener el reconocimiento de su triple filiación. Unidas en matrimonio igualitario, Susana y Valeria, junto con su amigo Hernán, habían decidido tenerlo entre los tres, pero hasta abril de este año el niño solo llevaba los apellidos de sus madres.

<http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/mama-mama-y-papa-la-primer-filiacion-triple-de-argentina-8287.html>

y anotaron al hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros como Furio Carri Dillon Ros en lo que es primer caso de rectificación registral por triple filiación en la Ciudad de Buenos Aires. <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/un-nino-podra-tener-los-apellidos-de-sus-mamas-y-su-papa-en-la-ciudad-9126.html>

obligatorio puede resultar incorrecto y llevarnos a invisibilizar ciertas formas de relaciones familiares con la grave consecuencia que esto acarrea: la violación del derecho a la identidad, a la privacidad y a la vida familiar, incluyendo la negación de derechos alimentarios y sucesorios en juego. En esta línea de ideas Galli Fiant dice “la determinación de los vínculos paternos y maternos no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa, dentro de cada fuente de la Filiación. En ese marco, la regla del doble vínculo obligatorio es incorrecta. En la Filiación por naturaleza, los vínculos son necesariamente dos, pues están determinados por la generación a partir del acto intersexual. En la Filiación por voluntad procreacional, los vínculos están limitados a aquellos que expresaron su consentimiento previo; esta limitación atenta contra el derecho a la identidad y debe ser suprimida”¹¹⁸ en miras a proteger el interés superior del niño.

Lo cierto es que la mayoría de los autores entiende que esta regla tiene la función de establecer un límite a las complejidades que derivan de la Filiación por TRHA, sobre todo teniendo en cuenta que la Filiación por TRHA es una novedad y como tal, ante lo desconocido los juristas (sobre todo los más conservadores) parecen sentirse más cómodos con esta postura regulatoria más restrictiva. No obstante en los términos en que quedó enunciada –en términos absolutos y aplicable a todas las fuentes de filiación por igual– es técnicamente incorrecta¹¹⁹. La realidad ya nos está marcando que la regla en algún momento deberá ser revertida por cuanto es superada por las necesidades de las familias plurales propias de nuestra sociedad contemporánea. Como dice Ursula Basset “acepta-

¹¹⁸ Galli Fiant, M. (2020). La regla del doble vínculo filial puesta en crisis. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. 11 (sep. 2020), 211-225. DOI:<https://doi.org/10.14409/ne.v0i11.9597>.

¹¹⁹ Galli Fiant, M. (2020). La regla del doble vínculo filial puesta en crisis. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. 11 (sep. 2020), 211-225. DOI:<https://doi.org/10.14409/ne.v0i11.9597>.

ciones y advertencia sobre excepciones son, en general, el denominador común del análisis de los autores sobre la regla del doble vínculo filial” (Basset Ursula, 2015)¹²⁰.

Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. La voluntad procreacional como causa fuente de la filiación por TRHA.

Las técnicas de reproducción humana asistida generaron a nivel mundial lo que se conoce como la “revolución reproductiva”, produciendo un gran cambio en materia de filiación debido a que estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Tal es así, que hoy en día, como consecuencia de las TRHA, es posible la reproducción sin sexo; lo que nos ha llevado a plantearnos una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes¹²¹ y que debe ser abordada como parte de la disciplina denominada bioética. El hecho de tener que requerir intervención por parte de otro ya implica una interferencia en un acto muy íntimo y privado como es concebir un hijo, y este acto además plantea la incorporación de técnicas científicas y médicas que parecen llevar a una “desnaturalización” y “medicalización” de este proceso. Rebecca Cook y Bernard Dickens¹²² recuerdan un comentario de Kleegman y Kaufman respecto del desarrollo a la aceptación de la inseminación artificial que ilustra la “aversión” que ciertas tecnologías generan (algo semejante sucedió con los primeros trasplantes de corazón): “Cualquier cambio en las costumbres o las prácticas en esta área emocionalmente sobrecargada, ha generado siempre una primera respuesta de negación con horror de las costumbres esta-

¹²⁰ Basset, U. (2015). Glosa al Art. 558. En Alterini, Jorge (Dir.). Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Tomo III. Ed. La Ley

¹²¹ Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas N°24 Barcelona. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>

¹²² Cook R. y Dickens B.M. “Some Ethical and Legal Issues in Assisted Reproductive Technology”, International Journal of Gynecology and Obstetrics 55: 55-61, 56.G, 1999.

blecidas o de la ley, luego de negación sin horror, luego una lenta y gradual curiosidad, estudio, evaluación, y finalmente una muy lenta pero constante aceptación”¹²³

Recordemos que antes de la aparición de las TRHA, sólo existía la procreación por medios naturales, a través del coito. Consecuentemente, aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con propios óvulos. Es decir, lo biológico necesariamente comprendía lo genético, ante la imposibilidad de disociarlo¹²⁴. Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRHA, es posible separar lo biológico, lo genético y lo voluntario. Estos cambios nos generaron interrogantes y objeciones que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocaron en una típica cuestión de axiología jurídica y política legislativa: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse.¹²⁵

Entonces, en este nuevo escenario en donde la reproducción no necesariamente involucra una relación sexual “quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético, ni lo genético comprende siempre lo biológico. Entonces si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfec-

¹²³ Luna F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3.

¹²⁴ Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas N°24 Barcelona. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>,

¹²⁵ Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. Casado, M. (Coord.). (2008). Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. Signo. Barcelona. Disponible en: http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf.

tamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria”¹²⁶.

- 1) Verdad Genética: lo relevante es haber aportado el material genético. Es una verdad reducida a ese factor.
- 2) Verdad biológica: esta verdad vincula el origen de la persona a un acto de sus progenitores. Encontramos aquí una verdad que va un poco más allá del dato genético, ya que reconoce un vínculo entre el niño que nace y sus progenitores quienes debieron realizar un acto voluntario de tipo sexual para que se dé el embarazo y luego el nacimiento del niño.
- 3) Verdad voluntaria: la maternidad/paternidad se determina por elemento volitivo, es decir la voluntad de ser padres: la voluntad procreacional.

Respondiendo a estas necesidades, el Código Civil y Comercial introdujo cambios en el instituto de la filiación, adaptándolo al origen y dinámica de los vínculos filiales en el presente¹²⁷, siendo una muestra de ello el reconocimiento de las TRHA como tercera fuente filial la que no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo (la voluntad procreacional)¹²⁸ reflejada en el consentimiento previo, informado y libre otorgado por las partes involucradas.

Cabe destacar que necesariamente la filiación por TRHA se rige por reglas distintas a la filiación por naturaleza, en donde el elemento genético y el elemento biológico si

¹²⁶ Lamm, E. (2013) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Página 52.

¹²⁷ Krasnow, A. N. (2012), La filiación en el hoy y en el mañana, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 56, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 155-170. y Krasnow, A. N. (2015) La filiación y sus fuentes, Adriana Krasnow (directora), Tratado Derecho de Familia, La Ley, Buenos Aires, 2015. T.III, pp. 3-28

¹²⁸ Marisa Herrera en su trabajo: Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia, nos responde la pregunta ¿qué es la voluntad procreacional?, y dice: “La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético”. [en línea] Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/>

son determinantes, independientemente de si los progenitores tuvieron o no la voluntad de procrear. Ahora bien, cuando para la concepción se recurre a técnicas médicas de fertilización asistida, entonces el derecho necesariamente debe hacer una distinción. En estos casos la verdad genética y la biológica ya no son suficientes para establecer un vínculo filial que responda a la realidad de las relaciones familiares de las personas en cuestión. Se trata de una situación mucho más compleja que requiere soluciones acordes.

Es entonces cuando la voluntad de ser padre/madre cobra protagonismo por sobre la verdad genética y biológica, en estos casos la causa fuente del vínculo es la intención de engendrar un hijo, el querer ser madre/padre. “Con todo ello, si la voluntad procreacional se identifica como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de las TRHA es la típica fuente de creación del vínculo. No estamos hablando de familias inventadas, sino de familias deseadas, buscadas y cimentadas sobre la base del amor, del respeto y, lo principal, la elección libre, plena, y consentida, de querer ser padre o madre más allá de los impedimentos naturales”¹²⁹

Hay quienes entienden que la voluntad procreacional no es un concepto novedoso, sino que siempre existió, pero que con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida adquirió un significado normativo y simbólico distinto. De acuerdo a lo manifestado por el Dr. Andrés Gil Domínguez, para el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar inter-

¹²⁹ Notrica F., Melón P. y González A. (2016). La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Revista Digital Microjuris. Cita online: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/01/08/reflexiones-vinculadas-a-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-necesidad-de-regulacion-a-traves-de-una-ley-especial/>, 1/08/2016.

venciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio¹³⁰ el cual de acuerdo al principio de pluralidad, es un derecho abierto para las parejas de igual o distinto sexo, casadas o en unión convivencial y también para hombres o mujeres que no conforman pareja”¹³¹. Habiendo establecido estas pautas, con relación a la filiación por TRHA en base a la voluntad procreacional, cabe analizar los siguientes temas: el consentimiento previo, libre e informado; la determinación de la filiación y el derecho a conocer la identidad específicamente regulados para esta tercera fuente de filiación.

Consentimiento previo, libre e informado.

Al analizar el consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional debemos establecer una limitación que resulta clave para distinguir las prácticas de fecundación que se encuentran contempladas en la regulación, y aquellas que no. Es necesario dotar de formalidad a estos procedimientos para dar seguridad a las relaciones jurídicas que surgen de ellos. Por esa razón, cuando nos referimos a las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación autónoma específicamente regulada en el Código Civil y Comercial estamos haciendo mención siempre a técnicas medicamente asistidas, es decir, técnicas realizadas en un centro de salud bajo ciertas condiciones, por lo que no se incluyen las “prácticas de tipo caseras”¹³². Como desarrollaré a continuación, el consentimiento es un elemento determinante, el cual debe ser recabado previa-

¹³⁰ Gil Domínguez, A. (2015). Diario Familia y Sucesiones Nro 40 - Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución. Disponible en: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-2>.

¹³¹ Krasnow, A. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina: aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. Revista de Bioética y Derecho, (37), 69-84. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16151>.

¹³² Se denominan prácticas de fecundación caseras aquellas acciones de baja complejidad, generalmente de tipo mecánicas, realizadas con el objeto de lograr un embarazo. Es el caso por ejemplo de parejas conformadas por dos personas de sexo femenino que solicitan semen a un tercero y lo introducen en el tracto vaginal de alguna de ellas a través de una jeringa, también se conocen casos de parejas que acuerdan con un tercero mantener una relación sexual al solo fin de concretar un embarazo, sin que ese tercero pretenda mantener un vínculo con el niño que nace como fruto de ese acto sexual.

mente por el centro de salud responsable de llevar adelante el procedimiento medico con el fin de lograr un embarazo. Nótese que en caso de realizarse practicas caseras, no prevalece la voluntad procreacional, sino que el vínculo se rige por las reglas de la filiación por naturaleza. Se puede afirmar entonces que, para que la voluntad de procrear de origen al vínculo de filiación, debe necesariamente ser expresada ante un centro de salud y cumpliendo ciertos requisitos. Resulta clave dotar al elemento volitivo de ciertas formalidades para que constituya la causa fuente del vínculo filial entre niño que nace a través de estas técnicas y los progenitores de intención.

Habiendo hecho esta distinción, “el consentimiento es la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional. Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que quien o quienes quieran ser padres se sometan a las TRHA —cualquiera sea la modalidad que se trate, de alta o baja complejidad, se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros—, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento”.

¹³³ Así lo establece el art. 560 del nuevo Código: “*El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.*” Continúa el art. 561 determinando los requisitos que debe reunir ese consentimiento y el modo de instrumentarlo.

Dice el texto del Art. 561 respecto a la forma y requisitos del consentimiento: “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las

¹³³ Herrera, M. (2015) comentario en Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Carame-
lo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”¹³⁴ y continúa el artículo 562 del mismo cuerpo legal, titulado “Voluntad Procreacional”. El nuevo Código entiende en un sentido amplio que la voluntad procreacional es el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para no procrear. Por este motivo, no basta con el consentimiento de las personas interesadas que prestan su consentimiento para iniciar un tratamiento, sino que debe ser expresamente otorgado previo a cada etapa del procedimiento¹³⁵, cuestión que se vincula con el comienzo de la existencia de la persona jurídica humana que se desarrollará en un capítulo más adelante (art. 19 C.C. y C.).

Ahora bien, el artículo 562 establece que los nacidos por TRHA son hijos de la persona que prestó su consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561, y de la mujer que dio a luz¹³⁶. La voluntad procreacional es el pilar por el cual se edifica el régimen jurídico en materia filial en las técnicas de reproducción humana asistida y así se lo regula en el código.¹³⁷ La cual se conjuga con el interés superior del niño recogido en el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño y reafirmado en el artículo 3º de la Ley 26.061, al encontrar una solución clara y precisa para que los niños que nacen de las TRHA tengan un vínculo filial estable, fundado en dicha verdad volitiva. De este

¹³⁴ Cabe cuestionar si corresponde establecer reglas procesales en el Código Civil y Comercial. No obstante, el Código establece formalidades mínimas y destaca la necesidad de una legislación específica que reglamente las particularidades y requisitos de forma. Se ha presentado un nuevo proyecto de ley reglamentando las TRHA, que hasta el momento fue aprobado solo por una de las cámaras.

¹³⁵ Tal es así, que en Argentina en el caso de existir crios conservados embriones conformados con los gametos de dos personas que buscaban formar una familia en un determinado momento, ese material biológico no podría ser utilizado sin la conformidad de ambas partes. Esto resuelve conflictos corrientes en caso de parejas que iniciaron el tratamiento, pero pasado el tiempo y por razones que hacen al dinamismo de las relaciones de pareja, deciden separarse y ya no mantienen vínculos familiares, por ello ninguna de las partes podía utilizar los embriones para intentar un embarazo son el expreso consentimiento de la otra.

¹³⁶ En este sentido, el artículo parece mantener el viejo principio de “madre certa es” que se contrapone a la gestación por sustitución y que desarrollaré en ese capítulo particular.

¹³⁷ Azpiri, Jorge O. En Bueres, Alberto J. (director), Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 396.

modo se reconoce que la identidad no sólo surge del lazo biológico y/o genético, sino que también existen otros modos y otros lazos como ser el volitivo, de gran relevancia para la determinación filial en el campo de la adopción, como así también en materia de reproducción asistida.

Derecho a la información.

Otro punto muy discutido en orden a la filiación por voluntad procreacional es el derecho al conocimiento de la verdad genética de los niños nacidos por TRHA, que en la filiación por adopción constituye un principio fundante del instituto. Tal como se ha desarrollado con anterioridad, la filiación por TRHA se ha regulado como fuente de filiación autónoma debido a sus características particulares. El pilar de esta fuente de filiación es la voluntad procreacional, es decir el elemento volitivo debidamente expresado, el cual es la causa fuente del emplazamiento como progenitores- y no la verdad genética y/o biológica que en estos casos quedan en un segundo plano. No obstante, se plantea un interesante dilema en torno a esta cuestión, porque más allá del emplazamiento filial que claramente es exclusivo con los progenitores de intención, se encuentra en juego el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por estas técnicas, lo que hace a su identidad¹³⁸: el derecho a la información. En este tema el punto de conflicto se encuentra en los casos de TRHA realizadas con gametos de terceros, donantes anónimos, llamada filiación heteróloga.

En el Código Civil y Comercial, el derecho a la información en la Filiación por TRHA se encuentra contemplado en los artículos 563 y 564, según los cuales en los casos

¹³⁸ El derecho a la identidad ha sido receptado explícitamente en sendos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño² (arts. 7º y 8º).

de filiación heteróloga el derecho a conocer datos del donante de gametos se encuentra limitado a los datos médicos cuando existan razones de salud, y al conocimiento de la identidad del donante por autorización judicial cuando existan motivos fundados, sin que este conocimiento establezca o de derecho a la filiación. El debate se dio en torno a esta materia entre dos posturas opuestas a saber:

1) quienes sostienen que el anonimato del donante de gametos constituye una violación al derecho del niño a conocer su identidad y que además viola el principio de igualdad entre los nacidos por diferentes fuentes de filiación;

2) y por otro lado aquellos que, observando las estadísticas de otros países, sostienen que si se levantara el anonimato de los donantes de gametos, no habrían donantes, afectando así los derechos de aquellas personas que necesitan de gametos de terceros para acceder a la maternidad/paternidad y por ende sus derechos a formar una familia y gozar de los avances científicos.

Observamos que se encuentran en debate sólidos argumentos tanto para un lado, como para el otro, y cuyo análisis merece mayor profundidad. En relación a la técnica legislativa utilizada por otros países, vemos que “en el derecho comparado se registran diversas formas de regulación que pueden agruparse en cuatro sistemas: a) sistema abierto; b) sistema optativo o doble ventanilla; c) sistema de anonimato relativo; d) sistema de anonimato absoluto¹³⁹”. Cada uno de estos sistemas puede describirse de la siguiente manera:

- Anonimato cerrado o absoluto (propio de Francia, Grecia, Rusia, Ucrania y Dinamarca), por el cual la identidad del donante no será revelada porque, pase

¹³⁹ Geri, L. (2016). El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores degametos [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf>.

- lo que pase con la persona que nació de donante —incluso si necesitase conocer tal identidad para salvar su vida—, primaría la intimidad de este último;
- En el lado opuesto, el no anonimato o sistema abierto (sistema vigente en Suiza, Holanda, Austria, Australia, Nueva Zelanda, Nueva Gales del Sur, Finlandia, Noruega, entre otros) el donante nunca será anónimo y siempre la información identificatoria estará a disposición de la persona nacida de este modo (lo que no da lugar a emplazar la filiación);
 - El sistema llamado “de la doble ventana” (similares sistemas se observan en Bélgica y Bulgaria) por el cual la persona nacida de TRHA heteróloga, cuando llega a determinada edad, podrá ir al centro de salud o a una oficina determinada expresando su deseo de tener información identificatoria y contactarse con el donante. El establecimiento de salud u organismo interviniente le tomará sus datos para contactarse con el donante y hacerle saber de esta inquietud, y si el donante acepta, se le brindan los datos solicitados, pero si el donante se niega, se mantienen en reserva;
 - y el sistema de anonimato relativo (Argentina, Uruguay, Portugal, Brasil y España) por el cual, en principio, la donación es anónima, pero, ante determinadas situaciones, será posible lograr su apertura. Así surge de lo dispuesto en el art. 564 CCyC, que adopta postura intermedia sintetizada¹⁴⁰.

El Código Civil Argentino adopta una postura intermedia o de anonimato relativo.

En su art. 563 del capítulo 2 establece el “Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de

¹⁴⁰ Herrera, M. (2015) Comentario al art.563 en Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”. Y en el art. 564. Dice “Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.”

Tal es así que los nacidos por filiación heteróloga podrán acceder a los datos médicos (no identificatorios) de los donantes de gametos, cuando lo requieran por motivo de salud, asistiendo al centro de salud encargado del procedimiento. Nótese que queda bajo responsabilidad del centro de salud el recabar la información correspondiente y su posterior archivo, en este punto cabe destacar que no existe contralor por parte del estado en tan importante acto, es un acto administrativo en el que queda al arbitrio del centro de salud la toma de información y el abordaje del tema con la familia. Amén de los daños que podría llegar a sufrir esa información en caso de incendio o de algún tipo de infortunio informático.

En cuanto a conocer los datos identificatorios del donante de gametos, el Código prevé que solo en caso debidamente justificado y autorizado por un juez, podrá revelarse la identidad del dador de material genético. Según los argumentos de autorizadas voces en la materia, quienes participaron en la redacción del proyecto del nuevo Código, se adoptó este sistema como primer paso en este camino por regularizar las TRHA “(...) Si la donación no fuese anónima (el anonimato es la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria) no habría donantes. (...)”¹⁴¹ y esto afectaría los derechos

¹⁴¹ Herrera, M.; Lamm. E. (2014). Comentario al Art. 564, en Aida Kemelmajer De Carlucci (dir.), Marisa Herrera (dir.) y Nora Lloveras (dir.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo II, p. 575.

de muchas personas que requieren de material genético de un tercero para formar una familia. Esta postura analiza la posición tomada como un mal menor necesario para afianzar las TRHA y las donaciones de gametos, dando a entender que en un futuro podría modificarse el sistema adoptado “(...) Es por ello que ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo, sino que venía de un sistema con ciertas restricciones, y con el tiempo, gracias a los efectos de las medidas educativas que se señalan tendientes a consolidar la ‘cultura de la donación’, que implica desentrañar y despejar ciertos fantasmas que podrían tener los donantes sobre el ejercicio del derecho a conocer de las personas nacidas con su material, se pudo virar a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Precisamente, esto es lo que pretende lograr —así como ha acontecido en otros países— el nuevo Código. (...)”¹⁴². “No descartamos que en un futuro, tal vez cercano, una vez desmitificada verdaderamente la importancia del aporte genético y aprehendido realmente que en estos casos la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional, entonces podrá levantarse el anonimato del donante, como sucedió por ejemplo, en el Reino Unido, y en muchos otros países, siendo esta la tendencia mundial como consecuencia del fortalecimiento de una ‘cultura de la donación’”¹⁴³.

Entonces, las mismas integrantes de la comisión de reforma admiten que el Código en este aspecto no brinda una solución “ideal” y suficiente, pero defienden esta restricción a conocer la identidad del donante justificándola en una causa legítima: el derecho a formar una familia de las personas que necesitan acudir a la filiación heterologa. La doctrina opuesta, entiende que tal restricción (mantener el anonimato del donante como

¹⁴² Herrera, M.; Lamm. E. (Año). Comentario al Art. 564 en Aida Kemelmajer De Carlucci (dir.), Marisa Herrera (dir.) y Nora Lloveras (dir.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, tomo II, p. 575.

¹⁴³ Herrera, M.; Lamm, E. (2014). De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga L.L. 2014-D-594.

regla, con acotadas excepciones) viola el derecho del niño a conocer sus orígenes, aspecto fundamental de su identidad, y además viola el principio de igualdad entre las personas nacidas por distintas fuentes de filiaciones (Naturaleza, TRHA y Adopción). Al respecto Victoria Famá, siguiendo a Mónica Pinto, hace un análisis de la medida para ver si supera el test de proporcionalidad necesario para evaluar su legitimidad de acuerdo al *principio pro persona* como pauta de regulación jurídica y dice: “...la medida luce desproporcionada si se observan dos cuestiones. Por un lado, que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRHA ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines. Como sostuvo Kemelmajer de Carlucci en su crítica al caso “Odièvre” del TEDH, a mi juicio extensible al caso en estudio, la solución del Proyecto “Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente... sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer”...”Por otro lado, la previsión legal no resulta la menos restrictiva de entre todas las idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRHA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas de tipo educativo para fomentar las donaciones, como muchas de las que se diseñan –por citar un ejemplo– en materia de donación de órganos. En definitiva, ponderando los derechos en juego, debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Famá, M. V. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Lecciones y Ensayos, Nro. 90, ps. 171-195.

Por otra parte, si bien de la actual redacción del segundo párrafo del art. 558¹⁴⁵ surge la aseveración de que todas las filiaciones producen los mismos efectos, esta supuesta igualdad de derechos no se verifica en el aspecto desarrollado hasta aquí: el derecho a la información y a conocer los orígenes de los niños nacidos por TRHA. Siguiendo a Úrsula Basset¹⁴⁶, los niños nacidos de adopción tendrán pleno acceso a la información y los padres tendrán el deber de informarles que no son sus padres biológicos, mientras que en los niños concebidos por TRHA con donación de gametos de terceros, los niños lo ignorarán, salvo que sus progenitores de intención decidan decírselo. El derecho de los hijos nacidos por TRHA a conocer sus orígenes es reducido a los casos en que el juez decida que existen fundamentos suficientes.

Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.

“En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre” (Art. 575 del Nuevo Código). Ese consentimiento debe ser prestado de conformidad con lo dispuesto en una “ley especial”, cuyo contenido, como ya señaláramos, no ha sido difundido.

El artículo vuelve a dejar en claro que “*cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos*”, pero establece una excepción “*a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la*

¹⁴⁵ Art. 558 2º párrafo: “La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos...” “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

¹⁴⁶ Basset, U. (2012) Filiación: consideraciones generales. [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/filiacion-consideraciones-generales-basset.pdf>

adopción plena”. Aparece entonces un primer supuesto taxativamente regulado en el que existe “derecho a la información” por razón fundada¹⁴⁷.

La Ley de Acceso Integral a las TRHA N° 26.862

Es necesario hacer notar que previo a la sanción del Código Civil y Comercial, aunque todavía no fuera regulada como fuente de filiación autónoma, Argentina ya había legislado el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el año 2013 a través de la Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Esta Ley en su artículo primero establece como objetivo “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicaamente asistida”¹⁴⁸.

Esta ley constituye un antecedente esencial en materia de reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las personas, por cuanto pone sobre la mesa una realidad silenciada hasta ese momento como ser la cuantiosa práctica de las TRHA en Argentina, y sobre todo porque se dedica particularmente a establecer la obligatoriedad de su cobertura para las obras sociales del país, así en su Art. 8º establece: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brindan servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los

¹⁴⁷ Medina. G. (2013) Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. [en línea]. Disponible en: <http://www.graciamedina.com/las-grandes-reformas-al-derecho-de-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-201/> (Consulta: 03-01-2017).

¹⁴⁸ Ley N°26862 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>.

medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”

De este modo podría decirse que, en virtud del principio de igualdad, se pone al alcance de todas las familias la posibilidad de alcanzar la maternidad/paternidad a través de esta práctica médica, ya que hasta entonces solo podían acceder a estos tratamientos las personas con un alto poder adquisitivo, sobre teniendo en cuenta lo costoso de este tipo de tratamientos que pueden extenderse en el tiempo más allá de lo tolerable a la capacidad económica de la mayoría de los habitantes de nuestro país. “Profundizando el referido concepto de igualdad, al reglamentar el art. 8 el decreto 956 dispone que todo argentino o habitante del país que tanga residencia definitiva y no posea cobertura de

salud, será cubierto a los fines del acceso a las TRHA por el sistema de salud público.”¹⁴⁹

Con este mismo espíritu, la ley incluye entre sus beneficiarios a parejas de un mismo sexo y a personas que desean formar familias monoparentales.

Previo a esta ley de TRHA vigente, existió una ley sancionada en 2010, la Ley de Fertilización Asistida de la provincia de Buenos Aires que poseía fuertes rasgos heteronormativos, en tanto el problema radicaba en la infertilidad y no en la elección de otras modalidades vinculares que participan en la decisión de tener un hijo/a.”¹⁵⁰

Asimismo, cabe mencionar que existe un proyecto para una nueva Ley Especial de TRHA, contemporánea al Nuevo Código Civil y Comercial, que ha sido presentada en el Poder Legislativo y cuenta con la aprobación de la Cámara de Diputados, pero no ha sido tratada en Cámara de Senadores. Este proyecto presentado, pero no aprobado, resulta más amplio que la ley vigente por cuanto va más allá de la obligatoriedad de la cobertura médica de las TRHA, y se detiene en brindar marcos conceptuales y tratar temas complejos como ser el destino de los embriones supernumerarios. Temas que no han sido regulados hasta el momento y que dan lugar a lagunas legislativas de difícil resolución.

Conclusión

La familia ha pasado por un proceso de trasformación, pero la importancia de esta organización social no se ha depreciado, al contrario, ha ampliado sus horizontes para abarcar a las distintas estructuras familiares que se presentan en la sociedad moderna y que antes eran invisibilizadas.

¹⁴⁹ Bonzano, M. A. (2016) Filiación en Manual de Derecho de las Familias según el Código civil y Comercial de la Nación/ Lloveras Nora. Córdoba Jurídica Mediterránea, 2016.

¹⁵⁰ Noelia S. Trupa, Leila M. Passerino (2014) Ciudadanías sexo-genéricas y corporalidades. Un análisis de las leyes de fertilización asistida y reparación mamaria. III Congreso Género y Sociedad. Voces, cuerpos y derechos en disputa24 al 26 de septiembre 2014 – UNC.

El nuevo Código Civil y Comercial reconoce y da marco jurídico a los diferentes tipos de familias que hoy en día existen, compatibilizando nuestro ordenamiento interno a los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país, en la búsqueda de garantizar la igualdad de las personas en este aspecto tan entrañable como lo es la vida familiar.

Resulta acertada la inclusión de las TRHA como una nueva fuente de filiación con causa fuente en la voluntad procreacional. Las TRHA abren la puerta a situaciones complejas que no pueden ser resueltas asertivamente siguiendo las mismas reglas que en la filiación por naturaleza. Y es claro que en cuestiones de derecho cuanto más complicada es la situación, mayor es la necesidad de contar con reglas claras que den seguridad a las partes de la relación.

Como se ha expresado, se observa que uno de los principios motores de esta reforma fue indudablemente el principio de la igualdad, ello marcado por la necesidad constituida por los parámetros internacionales a los que la Argentina se ha sometido.

En relación a la regla del doble vínculo de filiación, creo que este límite contraría al espíritu innovador y respetuoso de las libertades individuales que pretende el Código. Como argumento principal de los cambios esenciales realizados en esta reforma encontramos el respeto por la diversidad propia de las familias y la necesidad de que el Estado les brinde protección e igualdad en derechos a los modelos de familia no tradicionales, y entiendo que este límite del doble vínculo a las claras deja fuera a familias que se componen por más de dos progenitores de intención.

En relación a la voluntad procreacional como causa fuente cuando es expresada debidamente en el consentimiento informado, en mi opinión el Código logra dar una solución acertada para resolver el vínculo de filiación en los casos de TRHA (procedimiento realizado en centros de salud), no obstante en lo que hace al derecho a acceder a la información relativa al donante en casos de filiación heteróloga, a mi parecer la regula-

ción tiende a desproteger los derechos de los nacidos por estas técnicas los que se ven afectados en su derecho a conocer sus orígenes para la construcción de su identidad, tanto su aspecto estático como el dinámico.

CAPÍTULO IV

ESTATUS DEL EMBRIÓN. IMPLICANCIAS DEL ESTATUS DEL EMBRIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Introducción

Si bien el concepto de persona física¹⁵¹ no representa en sí mismo mayor problema, surgen diferentes opiniones al momento de definir cuándo comienza su existencia y, por ende, desde cuándo somos sujetos de derecho. Existen posturas muy distintas al respecto; hay quienes consideran que la persona comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide; quienes entienden que inicia con la anidación del embrión en útero; otros sostienen que comienza cuando inicia la actividad cerebral; y en el otro extremo están quienes la ubican en el nacimiento con vida del niño.

Ahora bien, resulta clave definir el comienzo de tal existencia por cuanto tiene estricta relación con la nueva fuente filial desarrollada en el Capítulo anterior. Como se ha expuesto hasta aquí, en pos de dar respuesta a los problemas de fertilidad que afrontan muchas parejas que intentan tener hijos biológicos¹⁵², el avance de la ciencia y la tecno-

¹⁵¹ El artículo 30 del Código de Vélez definía el concepto de persona jurídica: Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Luego se clasificaba a la persona jurídica en persona de existencia real (física) o ideal. Las personas físicas son los individuos con características de humanidad. El actual Código Civil y Comercial no posee un concepto de persona jurídica, lo da por entendido y se limita a establecer el comienzo de su existencia.

¹⁵² “Además, a la infertilidad en sentido médico se suman ahora otras causas de infertilidad, como las derivadas del aplazamiento de la maternidad por factores sociales (infertilidad social), las que resultan de no formar parte de una relación heterosexual (infertilidad estructural) o las derivadas del padecimiento de ciertas enfermedades o del sometimiento a tratamientos médicos agresivos con el fin de combatirlas (oncoinfertilidad)”. Benavente Moreda P. - Farnós Amorós E. (2015) Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Año LXIX. BMJ núm. 2179. Madrid-Barcelona, 28 de mayo de 2015. - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

ología ha permitido desarrollar técnicas de reproducción humana asistida que, en algunos casos, implican la unión de gametos fuera del tracto reproductor femenino, *in vitro*¹⁵³, para su posterior implantación. Como se ha manifestado antes, el desarrollo de estas prácticas ha tenido un gran impacto en los proyectos de vida tanto de parejas heterosexuales como de un mismo sexo, y personas sin pareja que desean formar una familia monoparental, quienes han encontrado en estas técnicas la vía para concretar su anhelo de ser padres. Cuando se produjo este fenómeno denominado “revolución reproductiva” nos encontramos ante una realidad nueva que superaba lo normado, la unión de los gametos ya no solo podía ocurrir dentro del seno de la mujer, como lo preveía el anterior Código Civil, y este presupuesto fáctico llevó al derecho a replantearse el inicio de la existencia de la persona y sus consecuencias jurídicas: ¿Qué entendemos por concepción? ¿Cuál es la situación jurídica de los embriones no implantados? ¿El embrión es persona? ¿Qué protección merece? ¿Qué derechos tiene?

Se formularon planteos respecto del comienzo de la vida y reflexiones acerca de ciertas etapas cruciales del desarrollo humano que necesariamente deben ser analizados a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea¹⁵⁴.

¹⁵³ CECTE. Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado. Disponible en: <http://www.cecte.gov.ar/> (Consulta 20/08/2015)

¹⁵⁴ Como puede deducirse la bioética brinda una reflexión cuidadosa sobre el ser humano, sus acciones y sus valores. Al hacerlo, presenta al ser humano con sus dilemas contemporáneos. Pese a que la bioética no se agota en ésto (hay reflexiones dirigidas a cuestiones no humanas) no se puede negar que uno de sus centros es la persona y sus acciones; acciones de índole bastante específica como son las actividades médicas o la experimentación biomédica. Aunque estas acciones se analizan a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea, no cabe duda de que ponen de manifiesto una cierta percepción de qué sea el ser humano, cómo actúa, cuáles son sus problemas. Permite, por ejemplo, observar cómo cierta reconsideración de los valores conlleva un cambio de actitudes, cómo de respuestas de sumisión y verticalidad con el otro se está pasando a actitudes de respeto de sí y del otro, y a una mayor horizontalización en las relaciones con los semejantes (entre ellos con el médico). La bioética, por otra parte, analiza ciertas etapas vitales por las que pasan las personas a la luz de desarrollos tecnológicos o innovaciones sociales que ponen de relieve la pregunta por el ser del hombre desde la inserción o el impacto de una tecnología en especial: la técnica médica. Se formulan planteos respecto del comienzo de la vida, reflexiones acerca de ciertas etapas cruciales del desarrollo humano y dudas en relación al final de la existencia. Luna

Este capítulo tiene por objeto considerar el inicio de la existencia de la persona en el Código Civil y Comercial de la Nación en el Art. 19, y evaluar sus implicancias, de forma coherente con todo el Ordenamiento Jurídico.

El régimen jurídico argentino antes del Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil de Vélez Sarsfield vigente hasta el 31 de julio de 2015, conforme sus arts. 63 y 70, establecía el inicio de la existencia de la persona humana con la concepción en el vientre materno, denominándose a esa categoría de personas “personas por nacer”. A nivel constitucional - convencional, el art. 75 inc. 23 reconoce la personalidad del niño por nacer durante toda la extensión del *embarazo*. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵⁵ (en adelante, CADH), establece en el art. 4º.1 el Derecho a la Vida el cual estará “protegido, en general, desde el momento de la concepción”.

Obviamente, las actuales técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) no fueron contempladas por Vélez, ni por los firmantes de la CADH en San José de Costa Rica en el año 1969, por cuanto en la época de redacción de estas normas estas prácticas eran impensables dada la evolución del conocimiento científico en ese momento. Por ello, con el desarrollo de las técnicas de fertilización *in vitro* como tratamiento médico para combatir la esterilidad de parejas con inconvenientes orgánicos que les impiden ser padres biológicos, empezaron a surgir planteos éticos respecto de la manipulación de los

F. (2008) dimensiones para la bioética: Antropología filosófica y bioética. Revista de Bioética y Derecho N°14, 2008, p 10.

¹⁵⁵ La cual goza de jerarquía constitucional en nuestro país desde el año 1994 (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

cigotos creados en placas de Petri, y sobre la licitud de los posibles destinos que podían tener aquellos embriones que no llegaran a ser implantados en el cuerpo de persona gestante. Lo que ocurre es que, de acuerdo con la práctica de técnicas médicas de fertilización, en un mismo tratamiento se recomienda la fecundación de varios óvulos de los cuales, entre los embriones viables, se seleccionan aquellos en mejores condiciones para ser transferidos al cuerpo de la persona que gestará¹⁵⁶. Los demás se preservan para ser utilizados en el caso de que los primeros no logren implantarse en el útero y se pierdan naturalmente, o para cuando la persona o pareja decida tener otro hijo. “Se aprovecha esa primera estimulación para generar embriones sobrantes y crio preservarlos y, de esta manera, evitar a la paciente tener que someterse a una futura estimulación ovárica en el caso de que le primer tratamiento fracase o si desea tener más hijos. Se intenta evitar el sometimiento a nuevos los riesgos anestésicos y quirúrgicos que conlleva la punción folicular”¹⁵⁷, además de los efectos secundarios del tratamiento hormonal y los costos médicos que acarrea todo este procedimiento.

Pero puede ocurrir que ante el feliz caso de que el procedimiento resulte exitoso en el primer intento la pareja por el motivo que fuera no quiera volver a procrear, o que pasado el tiempo las personas que conformaban esa pareja ya no estén juntas o no deseen continuar con ese proyecto de parentalidad, y es allí donde se plantea el dilema bioético respecto del porvenir de los embriones supernumerarios crioconsevados hasta ese momento, y es necesario tener claros los límites legales en este sentido. Se tornó “necesaria

¹⁵⁶ Procuraré en este trabajo no suponer que siempre la persona que gesta es una mujer, siendo que puede tratarse de una persona con sexo femenino, y por ello capaz de gestar, que no se auto percibe como mujer. No obstante, reconozco que me encuentro en proceso de deconstrucción y por ello pueden existir inconsistencias en este sentido a lo largo de esta tesis.

¹⁵⁷ Armijo Suárez, O. (2015) Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los pre embriones sobrantes, infertilidad social y oncoinfertilidad. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actualAño LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj.

una normativa que arroje claridad sobre una materia sensible, consagrando aquellos imperiosos límites indispensables para encausar la actividad científica”¹⁵⁸.

En ese contexto normativo, parte de la doctrina entendió que los embriones *in vitro* no estaban protegidos en nuestro Código Civil, atento a que el texto redactado por Vélez establecía el inicio de la existencia de la persona con la “concepción en el *vientre materno*” por lo que, fuera del cuerpo humano, el óvulo fecundado no quedaba abarcado por los arts. 63 y 70 C.C.

Empero, aunque nuestro anterior Código Civil no tutelaba de manera expresa a los embriones concebidos por métodos diferentes al acto sexual entre dos personas y “fuera del vientre materno”, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia les otorgó tutela considerándolos persona, todo ello con fundamento en el art. 4º.1 de la CADH y en la declaración interpretativa realizada por la República Argentina al ratificar el Convención sobre los Derechos del Niño con relación al art. 1º de la misma. Esta postura sostuvo que si por concepción se considera el momento en que se unen los gametos femenino y mascu-

¹⁵⁸ El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 recomendó no establecer ningún régimen especial que fije las consecuencias legales de la inseminación artificial. Desde aquel entonces ha pasado mucho tiempo, casi cincuenta años. Díaz de Guijarro, López del Carril y Simonet sostienen que era indispensable regular tales procedimientos. El tiempo les dio la razón. El tema de la reproducción asistida es uno de los más complejos que debe encarar el derecho actual. Los interrogantes son numerosísimos: ¿Es lícito criar conservar embriones? ¿Y experimentar con embriones supernumerarios? ¿El estatuto del embrión es de una naturaleza jurídica diferente a la persona humana? ¿Es viable la donación de embriones? Puntualmente nos detendremos en éstos párrafos en el instituto de la adopción y en sus posibles puntos de intersección o de contacto con la crio conservación de embriones, sin indagar cuestiones inherentes a la filiación biológica que surgen a partir de tales prácticas y que –asimismo- disparan a granel conflictos y preguntas. En ese derrotero repasaremos algunos contenidos del derecho comparado y proyectado. Deslizaré un puñado de propuestas que están abiertas para continuar discutiendo en un atractivo debate, el que es de crucial importancia y que se inscribe en las entrañas mismas de la humanidad. - Para Marcelo Urbano Salerno, el derecho está en el centro de la vida y no puede sustraerse a los problemas que suscita la fecundación asistida. Pero a falta de una ley específica sobre el tema, cabe recurrir a los principios generales y a las reglas éticas que se encuentran en la base del ordenamiento jurídico. Jáuregui, R. G. (2010) Embriones supernumerarios y Adopción. El derecho de Familia en Latinoamérica. Los Derechos Humanos en las Relaciones Familiares, Directoras: Nora Lloveras - Marisa Herrera. (Nuevo Enfoque jurídico, 2010). Disponible en: rodolfo-jauregui.blogspot.com.

lino, la vida se encuentra protegida por el Pacto de San José de Costa Rica desde ese instante.

La doctrina y la jurisprudencia fueron generando así dos grandes posturas mayoritarias: quienes sostienen que la persona humana comienza con la concepción, entendiendo como tal a la unión del ovulo con el espermatozoide, ya sea dentro o fuera del cuerpo de la mujer - y por lo tanto entienden que el embrión es persona y en consecuencia sujeto de derecho; y quienes consideran que la concepción no es sinónimo de fecundación, sino de implantación del embrión en el útero, y que no es sino hasta este momento en que el embrión comienza a tener personalidad jurídica. Si bien existen otras teorías, me limitaré a analizar los fundamentos de estas dos corrientes por ser las que más adeptos tienen.

Consideraciones previas – Aspectos bioéticos

Cabe destacar que el dotar de personalidad al embrión, o no, tiene grandes consecuencias jurídicas respecto a la licitud o ilicitud de las prácticas de reproducción humana asistida (TRHA). Por otra parte, el desarrollo de las TRHA está íntimamente relacionado con los cambios en la sociedad, sobre todo por la incorporación de la mujer al ámbito laboral, el reconocimiento de derechos de las mujeres fuera del rol privado culturalmente asignado, las uniones tardías de las parejas, la competitividad laboral, la aparición de familias monoparentales, el reconocimiento de derechos de parejas homosexuales, segundos matrimonios o convivencias, todas situaciones propias de la dinámica de la vida moderna – y no tan moderna. Así mismo, la sensibilización de la población tras los éxitos en las TRHA hace que las parejas retrasen la búsqueda temprana del embarazo ante esta

posibilidad de la prolongación de la edad de concepción, considerando esto como una solución superadora de los límites para la procreación¹⁵⁹.

En línea con los derechos desarrollados en el Capítulo II, actualmente se reconocen derechos humanos personalísimos vinculados al alcance del cumplimiento de objetivos de vida que hacen a la dignidad de las personas. Ya no puede desconocerse la importancia que puede tener el hecho de formar una familia y decidir tanto sobre procrear como no procrear. La maternidad y la paternidad - o la decisión de no cumplir estos roles - son experiencias pueden marcar la vida de las personas, este hecho forma parte de nuestra identidad, y tiene gran implicancia social. Es un derecho de cada uno de nosotros el poder decidir nuestro proyecto de vida, de acuerdo a nuestras convicciones, deseos y experiencias. Tenemos derecho a elegir libremente y en igualdad de condiciones: ¿podría acaso considerarse que una pareja con problemas para concebir tenga menos derechos a tener hijos propios que una pareja fértil?, ¿tenemos derecho a sancionar moralmente a las parejas que ante estas dificultades buscan la paternidad en las TRHA, en vez de acudir a la adopción?, ¿podemos a esta altura como sociedad seguir negando a las parejas de un mismo sexo la posibilidad de ser padres en igualdad de condiciones? Y la respuesta es no. Debemos dejar de opinar sobre los planes de vida ajenos, y no pretender medir la vida de los demás de acuerdo a nuestros propios estándares.

Las personas que desean tener hijos, y no pueden, padecen un gran sufrimiento, muchas veces acarreando un destructivo sentimiento de fracaso personal y conllevando a la ruptura de sus planes de vida. Y es allí en donde las TRHA vienen a jugar un papel crucial, por cuanto permite a aquellas parejas, o personas solas, que por impedimentos

¹⁵⁹ López Gálvez, J. J. - Moreno García, J.M. (2015). ¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

biológicos no pueden vivir el proceso del embarazo o de concebir un hijo con su carga genética, concretar su deseo.

Por ello, si bien es indispensable fijar límites a las conductas del hombre, y más aún en aquellas cuestiones relacionadas al avance de la ciencia, es importante que esas delimitaciones se hagan desde una mirada plural y objetiva, abarcativa de las distintas realidades que se ven afectadas por nuestro reglamento, evitando la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio y discriminación social.

Este tema puede resultar de gran sensibilidad e importancia para la vida de las personas, se ponen en juego derechos humanos de innegable valor, como ser por un lado el derecho a la vida y, por el otro, el derecho a fundar una familia, el derecho a la autonomía reproductiva, el derecho a gozar del avance científico y tecnológico, el derecho a la integridad física y psicológica, a la igualdad y a la no discriminación.

Breve exposición de la doctrina de la concepción entendida como sinónimo de fecundación - Jurisprudencia.

Esta primera corriente entiende la concepción como un instante (teoría instantánea del origen del individuo humano, o creacionista en la versión inglesa), es decir que al momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide se inicia la existencia de la persona humana: comienza su desarrollo en un proceso gradual, autónomo, irreversible, caracterizado principalmente por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional¹⁶⁰, independientemente del ambiente en que se encuentre. No tie-

¹⁶⁰ Lafferrière, J. N. (2003) Cuestiones actuales de Bioética y Derecho en relación al tema del comienzo de la existencia de la persona [en línea]. Presentado en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universi-

ne, según quienes sostienen esta postura, relevancia alguna la distinción entre fecundación y concepción, pues desde el momento de la fecundación como comienzo de un proceso de desarrollo hay vida humana y por consiguiente persona física desde el punto de vista del derecho, se haya formado un código genético distinto al de sus progenitores o no, ya que está en camino de hacerlo y para ello cuenta con la capacidad y contenido informacional necesarios¹⁶¹.

Para esta doctrina el embrión es una persona en potencia, es un ser humano y debe ser respetado (ética y jurídicamente) desde el primer instante de su existencia¹⁶². Desde esta postura se establece que al ser humano en desarrollo, desde su etapa embrionaria, le corresponden todas las protecciones y derechos que hacen a su dignidad como tal y por consiguiente el embrión humano no puede ser sometido a técnicas de congelamiento, estudios genéticos, ni a otras prácticas que desconozcan la condición de persona que le pertenece¹⁶³, y mucho menos ser descartados o utilizado para experimentos científicos.

Con una postura afín a esta doctrina se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 5 de marzo de 2002 en el caso "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo". El debate consistió en determinar si el fármaco de anticoncepción de emergencia "Imediat", poseía efectos abortivos, por cuanto impedía el anidamiento del embrión en el endometrio, y para

dad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, y Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/cuestiones-actuales-bioetica-derecho-lafferriere.pdf> [Fecha de consulta: 01/08/2015]

¹⁶¹ Zago, J.A. y Cobas. M. O. (2003) Comienzo de la Existencia de la Persona Humana. Ponencia presentada en la Comisión Nº 1 de las XIX Jornadas de Derecho Civil. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Cobas.htm>. [Fecha de consulta: 02/08/2015].

¹⁶² Herrera, D.A. (2011) El estatuto de la persona humana como centro del actual debate justificatorio de los derechos fundamentales y sus consecuencias [en línea]. Vida y Ética. 12.2 (2011). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estatuto-persona-humana-como-centro-debate.pdf> [Fecha de consulta: 01/08/2015]

¹⁶³ Zago, J.A. y Cobas. M. O. (2003) Comienzo de la Existencia de la Persona Humana. Ponencia presentada en la Comisión Nº 1 de las XIX Jornadas de Derecho Civil. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Cobas.htm>. [Fecha de consulta: 02/08/2015]

ello, el tribunal consideró que resultaba necesario “precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, afirmando que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación”¹⁶⁴.

En ese entonces, el tribunal consideró respecto del inicio de la existencia de la persona humana que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo” y que el factor de que “el que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos (...). La fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación y es un hecho científico que la construcción genética de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”¹⁶⁵. La Corte en “Portal de Belén” reiteró que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y resulta garantizado por la Constitución Nacional. Asimismo, trae al análisis lo resuelto en la causa “T. S.”, en la cual el mismo tribunal había reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción, y que la inviolabilidad de la persona humana constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. P. 709. XXXVI. “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”. .5/3/02Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/>.

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. P. 709. XXXVI. “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”. Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/>.

Finalmente, el fallo atiende a la Responsabilidad Internacional de la República Argentina respecto de los tratados internacionales de Derechos Humanos y en particular ante la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia se debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales. Cabe aclarar que la corte al fundamentar el fallo “Portal de Belén” realiza una mixtura en sus argumentos entre las bases de lo que es la “Teoría instantaneísta del origen del individuo humano” y los principios de la “Teoría del origen de la persona desde el momento de la singamia¹⁶⁶”.

Entre los autores que mantienen esta postura se observa que, en general, se basan en argumentos de fuerte arraigo dogmático o religioso, haciendo hincapié en las reglas de la naturaleza y en la moral. Según esta mirada, el derecho no podría definir lo que una persona es, cuando ni la propia biología puede hacerlo por cuanto no está habilitado el biólogo para decírnos desde cuando el nuevo ser está dotado de un espíritu, porque este aspecto inmaterial de la persona escapa por su naturaleza al objeto de la ciencia y a los medios de que ella dispone...el derecho no puede decir que no es persona lo que Dios creara a su imagen y semejanza. La teología, por ello, limita en un escalón sapiencial superior la potestad del hacedor del derecho positivo¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Definición de los términos singamia y anfimixis. Los pronúcleos se colocan uno muy cerca del otro en el centro del óvulo y pierden sus cariotecas (singamia). Entre tanto los cromosomas duplicados vuelven a condensarse y se ubican en la zona ecuatorial de la célula, como una metafase mitótica común (anfimixis). La anfimixis representa el fin de la fecundación. Con ella comienza la primera división mitótica de la segmentación del cigoto.

¹⁶⁷ Ives Gandra Da Silva Martins (2005) Reflexiones sobre el comienzo de la existencia de la persona física. Un aporte desde el Derecho privado. Aspectos de Método*. El Derecho t. 186, págs. 1350 a 1358; y “Un aporte desde la metodología jurídica a la defensa de la vida. El caso del comienzo de la existencia de las personas físicas en el sistema jurídico argentino”, publicado en las págs. 283 a 298 de la obra colectiva “Direito fundamental à vida”, Centro de Extensao Universitaria, Quertier Latin, San Pablo, Brasil, 2005. http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/reflexiones_s_el_cmiezo_de_la_exist.pdf

Doctrina de la concepción entendida como sinónimo de implantación

Para esta corriente contrapuesta, no basta con la fertilización del óvulo para que comience la existencia de la persona humana, sino que es necesario que el embrión anide en la pared del útero de la mujer, lo que en un embarazo natural ocurre aproximadamente 14 días después de la singamia y, en los casos de las TRHA una vez que el embrión es transferido al vientre de la mujer y este se adhiere. Esta es conocida como la teoría de la Anidación o Implantación.

“Mediante la teoría de la anidación, se arguye que en el instante en que el embrión humano se implanta en la pared interna del útero – fenómeno que culmina alrededor de los catorce días posteriores a la fusión de los núcleos de los gametos– se produce un hito embriológico importante: la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién, en ese momento, puede considerarse que se da inicio a la existencia individualizada del ser humano. Congruentemente con lo señalado, aduna esta teoría el hecho que si el embrión no se fijase en el endometrio, acontecimiento necesario para su posterior desarrollo, acabaría muriendo a los pocos días”¹⁶⁸. En un embarazo natural es recién a partir de este momento en que se puede conocer la situación de gravidez. No es sino hasta que el embrión anida en la pared uterina que se produce la hormona que permite detectar la preñez.

En los casos de TRHA, esta teoría tiene su principal fundamento en el hecho de que hasta el momento en que el embrión es transferido al útero materno, las posibilidades de su evolución son nulas. Por ello, si bien el cigoto creado *in vitro*, una vez terminado el proceso de fecundación, es decir 24 horas después de la unión inicial de los gametos, y producida la singamia, cuenta con un código genético propio (distinto al de cada uno de

¹⁶⁸ Blasi, G. F. (2009) ¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario, in Persona, derecho y libertad, Perú: Motivensa, 1/1/2009, pp. 95-120.

sus progenitores), su potencialidad como ser humano queda condicionada a la transferencia de este al ambiente en donde debe desarrollarse, para lo cual, además, necesita de la acción de un tercero.

Cabe resaltar por otro lado, que existen posturas científicas que entienden que durante el embarazo el embrión recibirá nutrientes y estímulos externos del ambiente en donde se gesta, que aportarán a su formación y le brindarán características propias: “al unirse los gametos el cigoto contiene material genético, pero el embrión aislado no tiene el potencial para subsistir y desarrollarse por sí solo, ya que “es la unidad materno-fetal la que puede dar origen a un nuevo individuo por cuanto es la madre quien aporta la energía necesaria para que el embrión se desarrolle” y además “necesitan de una acción humana deliberada para que tengan alguna posibilidad de desarrollo real.”¹⁶⁹ Según el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE), surge del estudio del desarrollo del embrión, que después de su implantación en la pared uterina se produce información distinta a la carga genética del cigoto *ex - útero*, asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado.

Es menester entonces diferenciar entre fecundación y concepción. La fertilización del óvulo por el espermatozoide es el comienzo de un proceso, que culminará en el momento en que el mismo anide en el útero de la mujer, y al cierre de ese proceso se lo entiende como concepción. No se puede entender por “concebido” al cigoto formado de la unión de los gametos femenino y masculino en una placa de laboratorio, hasta que éste sea transferido al ambiente adecuado y natural para su desarrollo: el cuerpo de la persona gestante. Hasta que esto ocurra, el desarrollo de este es inviable. Ya el significado de la

¹⁶⁹ Luna F. (2008). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano De Derechos Humanos. Disponible en: <http://bioetica.flacso.org.ar/> (Fecha de consulta 10/08/2021)

palabra concepción ha sido siempre sinónimo de embarazo o preñez¹⁷⁰. “En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Sucede que aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente”¹⁷¹.

Para quienes sostienen esta teoría, la concepción a la que hacen referencia las normas que determinan desde cuando inicia la protección de la persona humana (Art.4.1 CADH, antes arts. 63 y 70 C.C. y actualmente art. 19 C.C.y C.N.), es entendida como sinónimo de embarazo, y para que haya embarazo es necesario que el embrión se implante en el útero de la mujer o persona que gesta, por ende, hasta ese momento el embrión no podría ser persona. Ahora bien, para comprender las teorías que encuentran el inicio de la existencia de la persona en momentos posteriores a la fecundación, es necesario diferenciar que cuando nos planteamos el inicio de la existencia de la persona humana, estamos buscando establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona física, y no cuando comienza la “vida”. Ésta es la función que compete al derecho.

El inicio de la vida humana es una cuestión de una complejidad que supera a las ciencias jurídicas, “se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”¹⁷², y no se ha llegado a un consenso al respecto. Existe una cabal diferencia entre este comienzo de la vida (que no podemos fijar desde la ciencia del derecho), y el comienzo de la persona física a los efec-

¹⁷⁰ Concepción. (Del lat. *conceptio*, -*ōnis*). 1. f. Acción y efecto de concebir. Concebir. (Del lat. *concipere*). 3. intr. Dicho de una hembra: Quedar preñada. U. t. c. tr. Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁷¹ Lamm, E, (2015) El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial. Disponible en: www.nuevocodigocivil.com. Fecha de Consulta 08/07/2016.

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012.

tos civiles: persona como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones¹⁷³.

“En cuanto al concepto de “vida” puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Como dice Lamm, quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable”¹⁷⁴, cuando existe muerte cerebral, incluso si el corazón del paciente sigue latiendo, la persona es considerada fallecida a efectos jurídicos. En este caso sabemos que quedan tejidos y células “vivas”, pero la persona física ha dejado ya de existir para el derecho.

El cigoto es sin dudas material celular humano vivo, y por lo tanto merece reconocimiento y protección jurídica por lo que es, indudablemente no se lo puede encuadrar en la categoría de “cosa”. No obstante, ese reconocimiento no quiere decir que se le deba otorgar la misma consideración moral y jurídica que a una persona.

“Hoy en día, lo importante es tener en cuenta que *persona* es, para el derecho, lo que la comunidad jurídica determinó que debe ser una *persona*, en correlación necesaria con aquellos estándares desarrollados en el devenir del tiempo y en armonía con los principios constitucionales-convencionales sobre los que se organiza la comunidad -tales como los estándares establecidos por la propia Corte IDH. De acuerdo a estas consideraciones, los fetos y embriones, dados sus caracteres constitutivos asignados por la comunidad

¹⁷³ Código Civil de la Nación, Libro Primero, Sección Primera, Títulos I y II, Artículo 52.

¹⁷⁴ CECTE. Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado. Disponible en: <http://www.cecete.gov.ar/>

jurídica: *i*) están imposibilitados de desempeñar un papel significativo en la vida jurídica; *ii*) no son *personas*, cuestión que con posterioridad ha sido especificada a través de una resolución jurídica.

Por eso, en el Fallo “Artavia” que se desarrollará a continuación, cuando la Corte IDH dice en sus párrafos 222 y 223 -luego de analizar diversas disposiciones de Derecho internacional aplicando variados criterios de interpretación constitucional- que “[...] *no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en dichos artículos* (de la Convención) [...]", siendo "[...] *improcedente otorgar el estatus de persona al embrión* [...]", simplemente reafirma las ideas que se acaban de exponer¹⁷⁵.

El Fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo”

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, resuelto el 28 de noviembre de 2012, viene a zanjar la cuestión referida al estatus jurídico del embrión no implantado: define el alcance de los arts. 2.1 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁶ e interpreta que la *concepción* a la que se hace referencia implica la implantación en el útero, y no la sola fertilización del ovulo.

En el caso antes citado, la Corte IDH revisa una sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo del año 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo en el cual se regulaba la técnica

¹⁷⁵ Chía, E.A.; Contreras P. (2014). Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales vol.12 no.1 Santiago.

¹⁷⁶ CADH. Artículo 1.2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano... Artículo 4.1. Derecho a la Vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

de Fecundación In Vitro (FIV) en ese país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica y, en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV¹⁷⁷ violándose así los derechos humanos a la vida privada y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

A los efectos de resolver la cuestión planteada, el tribunal realiza una interpretación del art. 4.1 de la CADH acorde al contexto sociocultural, científico y jurídico actual. La Corte manifestó que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que mientras dicho embrión no se implante en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo serán nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado y, por lo tanto, no podría desarrollarse. Concluye que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer o de la persona que gesta, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, detectable sólo en la persona que tiene un embrión unido a ella. Hasta ese momento, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide o no, o si hubo una unión, pero el cigoto se perdió antes de la implantación.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012.

Por otro lado, la Corte IDH sentó el principio de protección gradual e incremental de la vida antes del nacimiento, de acuerdo al mayor o menor desarrollo del embrión. De esta manera, establece que el derecho a la vida contenido en el artículo 4.1 de la Convención no es absoluto en etapa prenatal, y por lo tanto la protección del embrión no puede *per se* constituir un fundamento para anular otros derechos humanos, sino que deben ponderar los intereses en juego en pos de lograr adecuado balance entre derechos en conflicto, buscando dar una solución justa y adecuada en cada caso. Este último es, según la Corte IDH, el fin de la expresión "en general" contenida en el artículo 4.1 de la Convención. El tribunal además dejó claro que negar la posibilidad de acceder a las TRHA implica violar el derecho de las personas a la integridad física y psíquica, la cual se proyecta en el derecho a la salud reproductiva: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear. Así también, prohibir la fecundación in vitro viola al derecho a la privacidad y a formar una familia, y el derecho a gozar de los avances científicos.

No puede desconocerse el valor de la interpretación que hace la Corte IDH respecto de la protección a la vida que prevé la CADH, por cuanto no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷⁸. Para la Argentina, las interpretaciones de la Corte IDH sobre la convención son vinculantes por cuanto expresamente en el 2º de la ley 23.054¹⁷⁹ reconoció la competencia de dicho tribunal

¹⁷⁸ Kemelmajer De Carlucci, A; Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disponible en <http://aldiaargentina.microjuris.com>.

¹⁷⁹ Ley N° 23.054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 2º - Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad.

para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. art. 62 de la Convención¹⁸⁰).

La República Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional. La jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para cada juez del país. El órgano jurisdiccional local, aun oficiosamente, debe realizar el test de convencionalidad y debe atender la interpretación que la Corte IDH hace de la Convención. En efecto, en el caso "Almonacid Arellano Vs. Chile", ese tribunal afirmó enfáticamente que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no solo la Convención Americana de Derechos Humanos sino también la interpretación que de ella hace ese tribunal por ser su intérprete final. Dicho criterio fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dicha jurisprudencia que invoca además el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (Fallos 330:3248). La CSJN ha reiterado esta doctrina, entre otras sentencias, en "Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino", al reafirmar el control de oficio de constitucionalidad de las normas con base en el deber del control de convencionalidad¹⁸¹.

Además, la Corte IDH "sostuvo en varias oportunidades (casos "Barrios Altos", y "La Cantuta") que sus fallos no sólo resultan obligatorios para el caso concreto sino para todo el derecho interno de un país, aun fuera del caso juzgado; es decir, para la generali-

¹⁸⁰ CADH. Artículo 62. 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

¹⁸¹ Lamm, E, (2015) El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial. Disponible en: www.nuevocodigocivil.com.

dad de los casos similares”. “En tal sentido, sostuvo en el caso Gelman Vs. Uruguay S/ Supervisión de cumplimiento de asistencia” que todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la convención¹⁸².

El art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Evolución del anteproyecto.

El proyecto presentado a Presidencia de la Nación en el año 2012 por la comisión integrada por el Dr. Lorenzetti, y las Dras. Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en su artículo 19 establecía: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*¹⁸³. ”

El texto dejaba claramente definido que el embrión fuera del útero no tenía el estatus de persona jurídica, reconociéndole protección específica a través de una ley especial. Esta redacción era congruente con los artículos referidos a la filiación por TRHA que fueron desarrollados en el Capítulo II.

En los fundamentos del Anteproyecto del C.C. y C. N., al respecto se manifestó que “(...) *Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto*

¹⁸² Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2014) en C.C. y C. N. Dir. Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord. Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

¹⁸³ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas, Decreto 191/2011.

en el orden patrimonial como extra patrimonial en el ordenamiento civil... Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente; a punto tal que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

El art. 19 generó grandes debates y tuvo fuerte oposición de un sector de la doctrina, y sobre todo por parte de una Institución con preocupante peso en nuestro gobierno: la Iglesia Católica¹⁸⁴. Al enviarse al poder legislativo el proyecto para su tratamiento se formó una comisión bicameral y comenzó así una nueva etapa. Esta comisión bicameral presentó un dictamen el 13 de noviembre proponiendo para el art. 19 la siguiente fórmula: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer.*”

¹⁸⁴ Si bien a pesar de ser un estado laico, Argentina siempre tuvo una importante influencia de la Iglesia en sus políticas de estado, este problema se agudizó cuando el 13 de marzo de 2013 Jorge Bergoglio fue elegido Papa. Este hecho tuvo serias consecuencias en el debate respecto del nuevo Código Civil y Comercial. Es importante recordar que las decisiones legislativas se llevan a cabo en el marco de contextos sociales políticos, que repercuten directamente sobre temas cruciales en materia de derecho de familia.

No obstante, el artículo sufrió otra modificación en concesión a exigencias de grupos que se oponían a su redacción original, y finalmente, tras su aprobación por el senado el art. 19 decía: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*” *Y en la disposición transitoria segunda se establece que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”*, texto que constituye la redacción actualmente vigente. Cabe destacar que, si bien se modificó el texto del artículo 19, no se realizaron cambios en los artículos siguientes y concordantes.

De acuerdo al Código Civil y Comercial dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, la quita de la consideración de que la concepción acontece en el “seno materno” (conf. art. 63 C.C.) responde a la coherencia que el C.C.y C.N. mantiene con la Ley 26.743 de Identidad de Género, por cuanto en el derecho argentino no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazado; en tal caso no sería jurídicamente seno “materno” porque este niño nacería de la identidad “autopercebida” de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad.

Interpretación sistémica

Entonces, cabe cuestionarse desde qué momento inicia la personalidad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cierto es que esto va a depender en gran parte de la definición que le demos a la palabra concepción. Si bien de la lectura enclaustrada del artículo 19°, y tomando la concepción como sinónimo de fecundación, puede entenderse que se considera al embrión *in vitro* persona, lo cierto es que dicha norma debe ser interpretada de forma sistémica, teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los trata-

dos sobre derechos humanos y de modo coherente con todo el Ordenamiento, de acuerdo al 2º del C.C.y C.N.¹⁸⁵ Lo previsto por el artículo segundo permite según la Comisión “superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y da facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el Sistema”, la interpretación debe ser armónica. Se trata “del elemento sistemático, el cual tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad¹⁸⁶”.

El análisis entonces nos lleva a entender que el artículo 19º protege a la persona desde el momento de la concepción, y el significado de la palabra concepción para nuestro derecho no puede apartarse de la interpretación que realizó la Corte IDH en el caso “Artavia”: la concepción como implantación del óvulo en la pared del útero. Tal es así que para determinar el momento desde el cual nuestro ordenamiento reconoce el inicio del ser como sujeto de derechos, debemos realizar una la lectura integral del C.C. y C.N y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, de la cual surge que el embrión in vitro no es persona, pues el término concepción para el nuevo régimen civil se equipara a embarazo, y para que haya embarazo necesariamente el embrión debe anidar en el útero. Se debe interpretar entonces el art. 19º con miras al art. 20º del C.C. y C. N. el cual prevé que se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo.

En consonancia con la línea que venimos trabajando, el art. 21º C.C. y C.N. sienta el principio de que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece

¹⁸⁵ Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

¹⁸⁶ Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2014). C.C. y C. N. Dir. Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord. Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

desde la concepción *o la implantación del embrión* hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio C.C.y C.N. alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión¹⁸⁷.

Analizando el articulado del C.C. y C.N., y haciendo remisión al Capítulo II de esta tesis, se ha dicho que se ha regulado una nueva fuente filial, además de la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva: las técnicas por reproducción humana asistida cuya causa es la voluntad procreacional. En consecuencia, no puede desconocerse la legitimidad de las prácticas de TRHA en nuestro nuevo régimen civil y para ello, el embrión no puede ser considerado persona hasta tanto se encuentre dentro de la persona gestante. Para reforzar este argumento cabe analizar que las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida”, en el art. 561 se dispone —en el mismo sentido que la ley de Acceso integral a las TRHA N°6.862 y su decreto reglamentario— que el consentimiento previo, informado y libre debe ser expresado en cada etapa del proceso y que es revocable “*mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”¹⁸⁸. Claramente, si consideráramos persona al embrión *in vitro*, no se podría revocar el consentimiento otorgado, y su transferencia al cuerpo de la mujer sería obligatoria so pena de incurrir en un delito.

Y, por último, debemos tener en cuenta si prohibiéramos las TRHA estaríamos afectando los derechos reconocidos en la Ley N°26.862, vigente en la actualidad. El Código en disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. Por fuera del C.C. y C.N. Además de la interpretación sistémica que

¹⁸⁷ Código Civil y Comercial Comentado, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. INFOJUS. 2015.

¹⁸⁸ Código Civil y Comercial Comentado, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. INFOJUS. 2015.

debe hacerse de cada artículo, con el resto del articulado del código y las leyes especiales, debe estarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y a las interpretaciones que sus organismos de contralor hagan de los mismos.

De esta manera, no puede desconocerse la aplicación de la interpretación que la Corte IDH realizó respecto del alcance de los arts. 1.2 y 4.1 de la CADH en el caso “Artavia Murillo”, ya que nuestro país reconoció expresamente la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales

La necesidad de una ley especial de TRHA

Como se ha mencionado en el Capítulo III, previo a la modificación del C.C. y C.N., Argentina ha legislado el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el año 2013 a través de la Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Esta Ley en su artículo primero establece como objetivo “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médica asistida”¹⁸⁹. Esta ley constituye un antecedente esencial en materia de reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las personas, por cuanto pone sobre la mesa una realidad silenciada hasta ese momento como ser la cuantiosa práctica de las TRHA en Argentina, y sobre todo porque se dedica particularmente a establecer la obligatoriedad de su cobertura para las obras sociales del país para poner en iguales condiciones a las personas que desean acceder a estas prácticas médicas.

¹⁸⁹ Ley N°26862 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Asimismo, cabe mencionar que existió un proyecto para una nueva Ley Especial de TRHA contemporánea al Nuevo Código Civil y Comercial, que ha sido presentado en el Poder Legislativo y contó con la aprobación de la Cámara de Diputados en el año 2014, pero no ha sido tratada en Cámara de Senadores y ha perdido estado parlamentario. Este proyecto presentado, pero no aprobado, se caracterizó por ser más amplio que la ley vigente por cuanto iba más allá de la obligatoriedad de la cobertura médica de las TRHA y se detiene en brindar marcos conceptuales, tratar temas complejos como ser el destino de los embriones supernumerarios, establecer prohibiciones y sanciones en el marco de las TRHA. Temas que no han sido regulados hasta el momento y que dan lugar a lagunas legislativas de difícil resolución.

Siguiendo la línea de lo planteado hasta aquí, afirman Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2014) que “La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, que regulan el acceso integral a la cobertura médica de las técnicas de reproducción humana asistida, también siguen los postulados del caso “Artavia Murillo”, ya que permiten: 1) la criopreservación de embriones, 2) la donación de embriones y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de producirse la transferencia del embrión en el útero. Estas tres consideraciones son hábiles para afirmar que, según la legislación especial hoy vigente, el embrión no implantado no es persona. En este contexto jurídico internacional- nacional, el proyecto que se debatió en el recinto de la Cámara de Diputados cuenta con bases normativas sólidas para animarse a regular una de las cuestiones más sensibles que encierran las TRHA: el destino de los embriones, siendo ésta una gran cuenta pendiente y que,

en definitiva, compromete la práctica de estas técnicas ya que algunas obras sociales o pre pagas niegan la cobertura escudándose en este silencio legislativo”¹⁹⁰

El proyecto de ley aprobado por Cámara de Diputados en 2014 perdió estado parlamentario, y en el año 2017 se presentó un nuevo proyecto siguiendo la misma matriz. Como se ha desarrollado en el Capítulo III, si bien en la actualidad se regulan el acceso a las técnicas y lo que acontece con la cuestión filial, es decir, quiénes son los padres de los niños nacidos por estas prácticas médicas dejándose bien en claro que no son los donantes sino quién o quiénes prestan la voluntad procreacional debidamente materializada en un consentimiento informado, escrito y protocolizado, faltan aún una gran cantidad de cuestiones sin reglar con la consecuente inseguridad jurídica que se deriva del silencio legislativo tales como ser la cantidad de niños que pueden nacer de un mismo donante; resolver qué sucede en caso de fallecimiento o ruptura de la pareja cuando hay embriones criopreservados; establecer los derechos y obligaciones de los bancos y centros especializados y con ello, las sanciones ante su incumplimiento; la cobertura expresa del llamado diagnóstico genético preimplantacional, evitando transferir embriones que se sabe que no serán viables o no podrían desarrollarse en el útero fortaleciéndose la noción de prevención que en estos temas vinculados con la salud es central; etc.

El proyecto presentado en el 2017 plantea el destino de los embriones supernumerarios, permite y regula los cuatro destinos posibles, a saber:

- 1) Reserva para próximas transferencias;
- 2) Donación a terceros;

¹⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera M. y Lamm E. (2014) Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima, La Ley, Tomo La Ley 2014-F ISSN 0024-1636, Buenos Aires, Argentina - noviembre de 2014.

3) Investigación; o

4) Cese de la crio preservación por decisión de las personas, titulares de su propio material genético.

La protección ofrecida a los embriones en este último proyecto implica la prohibición expresa de generar embriones con el objetivo deliberado de ser utilizados sin fines reproductivos; limitar el número de ovocitos a fecundar con el fin de disminuir el número de embriones a crio preservar y la imposibilidad de comercializarlos.

Todo ello siguiendo la postura que entiende que el embrión in vitro no es personas, tal como lo dijo la Corte Interamericana en el fallo “Artavia Murillo” el 28/11/2012 que los embriones no son persona y es justamente por ello, que la fertilización in vitro está ampliamente reconocida pudiéndose seleccionar embriones para la primera transferencia y dejar los demás para futuros tratamientos. Entender que el embrión es persona implicaría la prohibición de una técnica gracias a la cual han nacido una gran cantidad de niños; reconociéndose la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico.¹⁹¹

El mencionado proyecto tampoco es Ley todavía, y las mencionadas cuestiones no se encuentran reguladas en nuestro país, lo que acarrea un grave problema a los pacientes que utilizan la técnica, que supletoriamente debe ser resuelta por el poder judicial.

En el siguiente fallo se evidencia esta situación: “C., M. L. y A., A. F. se presentan ante los Tribunales platenses a solicitar autorización judicial para interrumpir la crio preservación de embriones que se habían generado luego de la realización de una técnica

¹⁹¹ Herrera M. (2017) Un proyecto de ley que pretende cerrar el círculo de la regulación de la reproducción asistida, Telam, 27/04/2017 OPINIÓN <https://www.telam.com.ar/notas/201704/187052-reproduccion-asistida-proyecto-de-ley-regulacion-opinion.html>

de reproducción humana asistida en marzo de 2008. De esta técnica nació su única hija, A. L. A. C. Manifiestan, como fundamento para el cese de la crio conservación embrionaria, que no es su deseo tener más descendencia, revocando de esta forma su voluntad procreacional. Indican, además, que se ven forzados a recurrir ante la Justicia debido a la negativa de la Clínica de Fertilización de cesar el contrato –vitalicio- que mantiene con los actores, alegando esta institución la falta de regulación existente...Para decidir respecto a la petición de esta pareja, el Juzgado de Familia n° 8 consideró que correspondía expedirse acerca de la naturaleza jurídica del embrión. Para ello, fundándose en el contexto constitucional y bloque de convencionalidad, se posiciona en tres ejes a saber: a) el Código Civil y Comercial; b) la ley nacional de fertilización humana asistida y su decreto reglamentario; y c) la postura de la CIDH.

Como consecuencia del análisis, el Juez autoriza el cese de la crio preservación, y marcando una diferencia con sentencias anteriores del mismo departamento judicial, facilita el descarte de los embriones. Pone, además, de resalto que: “se han visto vulnerados por parte del Estado, precisamente, por el poder legislativo al no receptar de manera clara, precisa y contundente la posición que ya ha fijado la Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos); obligando a las personas que se encuentran en una situación similar a la de autos a judicializar una decisión que forma parte de la esfera íntima y del proyecto de vida que cada uno considera mejor para sí.”¹⁹²

¹⁹² Falótico, Y. (2020) La deuda del Poder Legislativo: el destino de los embriones. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 62 - 20.08.2020

Conclusión

La temática de este trabajo resulta de difícil abordaje, por cuanto se trata de una cuestión muy sensible que nos roza en lo más profundo de nuestras convicciones, desde lo ético, emocional, y religioso. No obstante, habiendo analizado las dos doctrinas mayoritarias respecto al inicio de la personalidad humana, adhiero a la postura que considera que el embrión *in vitro* no es persona jurídica en nuestro ordenamiento normativo.

Si bien entiendo que la vida es un derecho fundamental, no es absoluto en etapa prenatal. Es a todas luces ruidosa la solución de dar igual protección a un feto en el vientre de su progenitor, o incluso un niño que ya camina y juega, que a un conjunto de células sobre una placa de petri en una mesa de laboratorio. ¿Es que acaso pueden considerarse lo mismo? La persona es más que un conjunto de células y tejidos vivos, es un ser que evoluciona gradualmente, y que en cada etapa de su desarrollo va sumando características propias de la humanidad. El embrión es digno de protección por cuanto se trata de vida que podría devenir en una persona humana en caso de que se den las condiciones necesarias para ello, pero no merecería igual protección que un ser humano.

Asimismo, si entendiéramos que el embrión *in vitro* es persona a los efectos civiles, le estaríamos reconociendo todos los derechos propios de tal *status*, entre otros, a reclamar alimentos e incluso a heredar. A mi entender, esta interpretación resultaría extrema y poco razonable.

Por otro lado, si se considerara al embrión *in vitro* como persona, se tornarían ilícitas las prácticas de reproducción humana asistida, se volverían sumamente riesgosas ya que los progenitores y el personal médico se verían obligados a transferir al útero de la mujer el total de embriones fecundados, so pena de incurrir en un delito.

En la actualidad no puede desconocerse la relevancia de los derechos humanos a formar una familiar, a privacidad en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, tratándose a las TRHA en el contexto del concepto actual de la salud sexual y reproductiva: la salud como un estado completo de bienestar físico y mental y social y no la mera ausencia de enfermedad o dolencias, la vida celular del embrión in vitro no debería prevalecer y anular per se este derecho humano.

Resulta esencial establecer límites al avance de la ciencia, pero es importante que esas delimitaciones se hagan desde una mirada plural y objetiva, que abracen a los distintos tipos de familias que existen en la actualidad y a las necesidades de cada uno de sus miembros, dejando de lado la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio que pueda contaminar nuestro ordenamiento.

Las personas religiosas, sin duda, tienen el derecho de optar por seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, pero esto no implica que obliguen a otros ciudadanos de su país a regirse por tales mandatos. No se debe imponer el dogma religioso en la legislación de un país secular, como es el caso de nuestro.

En atención a lo antes expuesto, no obstante resultar más clara la redacción original del art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, en mi opinión para el Derecho argentino vigente, el embrión in vitro no es persona a los efectos civiles. Es claro el art. 2º del C.C. y C.N. cuando nos llama a interpretar cada artículo teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Resulta menester regular la protección especial que merece el embrión o el destino de los embriones supernumerarios, a los efectos de brindar seguridad jurídica a las partes y evitar que las personas se sientan obligadas a transferir embriones cuando no desean tener un hijo, que las personas carguen con los costos de la crio conservación por años sin tener otra opción legalizada, o que los embriones sean abandonados, trasladando el problema a las instituciones de salud teniendo que buscar soluciones judiciales, cuando el tema debería resolverse por vía legislativa .

CAPÍTULO V

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Introducción

Con el fin de dar reconocimiento a las distintas formas que las familias han adoptado a lo largo del tiempo¹⁹³, y que puedan adoptar en el futuro - pues no podemos negar a esta altura que las estructuras familiares se encuentran en evolución constante -, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina incorporó grandes reformas en esta materia, abrazando las necesidades de la sociedad actual y compatibilizando el derecho privado de nuestro país con el llamado bloque constitucional¹⁹⁴.

Una de las novedades que introdujo el nuevo Código al respecto es la creación de una tercera fuente filial: la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), cuya principal característica consiste en que el vínculo jurídico se funda en el elemento volitivo¹⁹⁵, denominado en nuestro derecho *voluntad procreacional*, a diferen-

¹⁹³ Como bien enuncia Marisa Herrera en su trabajo: Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil: “Ya no se pone en duda que la familia no es una sola; aquella formada por un matrimonio integrado por dos personas de diferente sexo cuya unión se mantiene “para toda la vida”, con hijos producto del acto sexual entre ellos. Esta familia en singular ha pasado a compartir el escenario con otras diversas formas de vivir en familia. Claro está, ello implica complejidad. Indudablemente, la realidad social se muestra más compleja”. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil/>.

¹⁹⁴ Los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994 han cominado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” le pertenece a uno de los recordados maestros del derecho constitucional que, no por casualidad, se interesó en los conflictos de familia. Herrera, M. (2013) Sobre las Familias en Plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica UACES.

¹⁹⁵ Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida - Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91.

cia de la filiación por naturaleza la cual se determina por el elemento biológico. Este es uno de los pilares sobre los cuales se edifica la reforma¹⁹⁶.

No obstante éste gran avance, el Código vigente no regula la gestación por sustitución (en adelante GS), práctica que hace muchos años se viene realizando en Argentina mediante estrategias turbias que poco distan de la ilegalidad, vulnerando en muchos casos los derechos de las partes más débiles de la relación: la gestante y el niño.

Resulta de particular importancia expresar que la figura de la gestación por sustitución fue introducida en la redacción del Anteproyecto de Reforma del Código mencionado, pero que fue suprimida en el debate parlamentario¹⁹⁷ en concesión a la oposición de fuertes grupos, entre ellos la Iglesia Católica y ciertos sectores de movimientos feministas. Ahora bien, como hemos dicho hasta aquí, la GS no fue incorporada a nuestra regulación, pero no fue prohibida y, por lo tanto, está permitida de acuerdo con el principio constitucional de reserva¹⁹⁸.

Partiendo de que Argentina reconoce¹⁹⁹ el derecho a la libertad, a la privacidad y a la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los avances científicos, a la igualdad y a formar una familia sin ser discriminado con motivo en las diferencias propias de las personas, este capítulo tiene por fin el análisis de las implicancias bio-

¹⁹⁶ Herrera, M. (2013) Sobre las Familias en Plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica UACES.

¹⁹⁷ Melón, P. y Notrica, F. (2015) La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015. Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/437>.

¹⁹⁸ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁹⁹ Desarrollado en el Capítulo II.

éticas²⁰⁰, jurídicas y sociológicas que trae aparejada la práctica de la GS y las consecuencias de su falta de regulación.

La Gestación por Sustitución como TRHA especial. Concepto, modalidades y terminología.

La GS es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida²⁰¹ en la que una mujer o persona gesta para otros (a los que llamaremos comitentes), sin que de ello derive vínculo filial alguno entre ella y el niño nacido de esa relación. La filiación del niño será determinada respecto de los comitentes teniendo en cuenta la voluntad procreacional, es decir la voluntad de ser padres.

Ahora bien, la gestación por sustitución puede tener varias modalidades, y de acuerdo con ellas se la puede clasificar en:

a.- Gestacional o Tradicional. En el primer caso, la persona gestante sólo llevará a término el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el niño nacido, es decir que no aporta gametos propios, “pudiendo ser utilizados para la fecundación ga-

²⁰⁰ Según Luna, F. en su trabajo Nuevas dimensiones para la bioética: Antropología filosófica y bioética, “la bioética brinda una reflexión cuidadosa sobre el ser humano, sus acciones y sus valores. Al hacerlo, presenta al ser humano con sus dilemas contemporáneos. Pese a que la bioética no se agota en ésto (hay reflexiones dirigidas a cuestiones no humanas) no se puede negar que uno de sus centros es la persona y sus acciones; acciones de índole bastante específica como son las actividades médicas o la experimentación biomédica. Aunque estas acciones se analizan a la luz de los valores y de los dilemas éticos que plantea la sociedad contemporánea, no cabe duda de que ponen de manifiesto una cierta percepción de qué sea el ser humano, cómo actúa, cuáles son sus problemas. Permite, por ejemplo, observar cómo cierta reconsideración de los valores conlleva un cambio de actitudes, cómo de respuestas de sumisión y verticalidad con el otro se está pasando a actitudes de respeto de sí y del otro, y a una mayor horizontalización en las relaciones con los semejantes (entre ellos con el médico). La bioética, por otra parte, analiza ciertas etapas vitales por las que pasan las personas a la luz de desarrollos tecnológicos o innovaciones sociales que ponen de relieve la pregunta por el ser del hombre desde la inserción o el impacto de una tecnología en especial: la técnica médica. Se formulan planteos respecto del comienzo de la vida, reflexiones acerca de ciertas etapas cruciales del desarrollo humano y dudas en relación al final de la existencia”. Revista de Bioética y Derecho N°14, 2008, p 10.

²⁰¹ Lamm, E. (2013). Gestación Por Sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Observatorio de Bioética y Derecho. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

metos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la persona portadora a través de la técnica de la fecundación *in vitro* (FIV)²⁰². En cambio, en la GS Tradicional, la persona gestante aporta óvulos propios que serán fecundados mediante inseminación artificial. En este último supuesto, la persona gestante si tiene vínculo genético con el niño, hecho que complejiza el panorama. Por ello en muchos ordenamientos se prefiere la modalidad gestacional.

b.- Altruista o “Comercial”. En la primera modalidad, la GS se realiza sin contraprestación alguna - lo que no quiere decir que no se cubran los gastos médicos y otras necesidades relacionados al embarazo. En la GS “comercial”, la gestante llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio²⁰³.

La tendencia es regular la GS de modalidad “gestacional” y “altruista”. Respecto de la modalidad gestacional, que como se mencionó anteriormente se caracteriza por el hecho de que la persona que gesta no aporta material genético (el ovocito puede ser en estos casos bien de la comitente, o donado por un tercero anónimo en la relación) cabe decir que es una forma de GS que se impone a nivel mundial por presentar una gran ventaja: el hecho de que no exista vínculo genético entre el niño y la gestante disminuye las probabilidades de arrepentimiento de la persona que gesta, y por otra parte resulta jurídicamente un elemento importante para determinar la filiación en casos de conflicto entre la gestante y los comitentes, ya que este factor reduce el nivel de complejidad en la relación entre el niño y la gestante.

En este tema, existe un antecedente jurisprudencial que merece ser tratado, y es caso estadounidense conocido como “Baby M” que fue el primer caso conocido sobre las

²⁰² González, S.V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

²⁰³ González, S.V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

implicancias de recurrir a este mecanismo como medio para obtener un hijo. Se dio en 1986 con la batalla legal por la custodia de la niña nacida como fruto de la contratación de Mary Beth Whitehead como gestante para que lleve adelante el embarazo:

La Sra. Whitehead fue inseminada artificialmente con el espermatozoide del señor William Stern, aportando ella su óvulo (GS tradicional). Como resultado del embarazo logrado en marzo de 1986 dio a luz a una niña, momento en el cual, según el acuerdo, la gestante debía renunciar a sus derechos como madre y cederlos a favor de Elizabeth Stern, esposa de William. Sin embargo, luego del nacimiento, Mary Beth decidió quedarse con la niña, ante lo cual la familia Stern la demandó solicitando ser reconocidos como los legítimos padres. La Corte de Nueva Jersey determinó que el contrato de maternidad subrogada era inválido y reconoció a la Sra. Whitehead como la madre legítima ordenando que la Corte de Familia determine a quien le correspondía la custodia legal, si a la madre o al Sr. Stern. Como resultado la Corte le otorgó la custodia al padre con un régimen de visitas para la madre biológica²⁰⁴. Cuando la niña “Baby M” fue mayor de edad finalmente se estableció el vínculo filial respecto de la Sra. Stern por adopción.

Volviendo a nuestro país y siguiendo esta línea de ideas, en lo que hace a la denominación de la práctica, la mayoría de la doctrina argentina se inclina por el término “gestación por sustitución” porque hace referencia a que la gestante sólo gesta, y no aporta material genético. Por otra parte, la denominación “por sustitución” hace referencia a que lleva adelante el embarazo por otros que no pueden hacerlo (como se analizará más adelante, esta es otra de las características que presenta la figura de GS que propone una

²⁰⁴ Lafferriere, J. N. (2014) Alquiler de Vientres: Estados Unidos y el laberinto de leyes sobre el tema. Disponible en <https://centrodebioetica.org/>.

gran parte de la doctrina: que los comitentes no puedan concebir o llevar a término un embarazo como requisito ineludible).

Cabe destacar que existen propuestas legislativas que proponen denominar esta práctica “Gestación Solidaria”, y esta denominación está vinculada a una figura de GS con menos restricciones, más respetuosa de la libertad de las partes pero que a su vez ofrece menos protección de derechos. Este punto se analizará en profundidad cuando desarrolle los proyectos de ley presentados ante el poder legislativo.

Se ha dejado de lado el término “maternidad subrogada” por ser inadecuado, recordemos que la mujer gestante no busca ser madre, ya que la maternidad es una realidad que va mucho más allá de la gestación y el alumbramiento. Asimismo, la denominación “alquiler de vientre” resulta incorrecta y un tanto peyorativa, ya que no estamos hablando de un contrato de locación del útero de una mujer a cambio de una contraprestación, tal como si fuera una cosa. Se trata de un acuerdo de voluntades entre personas libres e -idealmente - con fines altruistas.

Sistemas en el Derecho Comparado

Respecto del marco jurídico ante esta práctica, se observa del estudio del derecho comparado que las principales posturas adoptadas a nivel mundial son: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación²⁰⁵. De acuerdo a esta agrupación surge que hay países que nada dicen al respecto de la GS y dejan al criterio jurisprudencial la solución de los casos que se puedan producir, situación en la que se encuentra la Argentina hoy en día; otros estados “prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto

²⁰⁵ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

comercial como altruista”²⁰⁶, buscando prevenir la práctica o eliminarla, considerando nulo - y en algunos casos ilegal²⁰⁷ - el acuerdo entre los comitentes y la gestante, por ende manteniendo el vínculo filial entre el niño y la persona que dio a luz²⁰⁸; y por último, hay países que regulan la GS estableciendo sus reglas y límites las que pueden ser más o menos restrictivas.

A su vez, entre los países que admiten y regulan la GS encontramos la siguiente subclasificación: 1) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones y; 2) admisión amplia. Nuevamente, si analizamos el sistema normativo de los países que admiten *la GS solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones*, vemos que este tipo de regulación se puede dividir en dos grupos:

a.- El primero requiere la aprobación previa del acuerdo de GS entre los comitentes y la gestante, arreglo que debe ser presentado ante un organismo de contralor (puede ser un juez, tribunal o comité) para que preste su conformidad antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación. Se trata de un sistema protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios de parecer que eventualmente ocurran, debido a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio.

²⁰⁶ González, S.V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

²⁰⁷ (...) adoptada por dos estados de Australia, Nueva Gales del Sur y Queensland, que han legislado para prohibir a los residentes participar en cualquier acuerdo de alquiler de vientres, incluso en el extranjero, por motivos de coherencia con las leyes estatales que solo permiten la subrogación altruista. La Ley de Maternidad Subrogada de 2010 de Nueva Gales del Sur castiga a cualquiera que participe en intercambios comerciales en materia de subrogación con hasta dos años de cárcel y una multa de 110.000 dólares. Una enmienda parlamentaria de última hora extendió la aplicación de la versión original del proyecto de ley a todas las personas «residentes o domiciliadas habitualmente en el Estado». No está claro cómo tales leyes podrían hacerse cumplir. Alkorta Idiakoz, I. (2015). La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo. Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

b.- En el segundo grupo, el sistema regula un “procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación postparto”. Este régimen se muestra más protector de la gestante por cuanto resguarda su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto al embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. “Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución”²⁰⁹.

Principales argumentos a favor y en contra de la regulación de la gestación por sustitución.

La doctrina contraria a la figura de la GS entiende que la misma supone la explotación de la mujer gestante y la cosificación del cuerpo femenino. Alegan que esta práctica favorece el “mercado negro de vientres” en el que mujeres pobres o en situación de vulnerabilidad son utilizadas como objeto del comercio.

Al respecto, la postura a favor de la GS sostiene que al suponer que la mujer como sujeto libre no puede decidir y acordar si quiere gestar para otro o no, estamos minimizando el rol de su voluntad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo. En este sentido hay feministas que entienden que los acuerdos de gestación por sustitución son una

²⁰⁹ Lamm, E. (2012) Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista InDret. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

manera de mostrar que la función biológica de la mujer no debe determinar su destino y que el destino de cada mujer debería ser una elección libre²¹⁰.

En lo que respecta a la explotación de mujeres, la realidad es que la GS se practica y es claro que solo pueden ser explotadas aquellas mujeres que no se encuentran en condición de decidir por sí mismas porque se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo tanto, no regular equivale a no proteger y abandonar esas mujeres vulnerables. Regular la GS es controlar y limitar su práctica, creando una herramienta eficaz para impedir “el mercado negro de vientres” y el “turismo reproductivo”.

El interés superior del niño también ha servido de argumento a la postura en contra de la GS, por cuanto esta parte de la doctrina supone que se viola el derecho del niño a la vida familiar, y el derecho a la identidad. Resulta evidente que, si nos atenemos a la lógica propuesta por el nuevo Código, no se entiende como podría ser violado el interés superior del niño por nacer mediante la práctica de la GS, al contrario, el niño fue concebido en el marco de una familia que lo deseó y que lo quiere, solo que fue gestado de una manera distinta a la tradicional. En contraposición a los argumentos vertidos al inicio del punto, regular la GS garantiza el cumplimiento de los derechos del niño nacido por esta técnica por cuanto otorga seguridad jurídica y certeza del estado de familia del mismo desde su nacimiento.

Por último, hay quienes se oponen a regular la GS porque la entienden inmoral, opuesta a la dignidad humana y antinatural. Esta es la postura que sostiene, entre otros, la Iglesia Católica. Ahora bien, en un país laico y democrático como el nuestro, cabe preguntarse sobre la injerencia que la religión y la moralidad puedan tener para limitar la

²¹⁰ (Ob.Cit) Lamm, E. (2012) Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista InDret. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

libertad de las personas, cuando sus acciones no puedan dañar a otros. En este sentido y siguiendo a la Dra. Lamm, el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no los comparten, sobre todo en ausencia de daño demostrable para terceros y para los involucrados. Allí está el límite del poder estatal, el punto donde el ejercicio de los derechos individuales que no irrogan derechos a terceros se despliega libremente desde la igualdad²¹¹, sobre todo porque la salvaguarda de ciertos valores no es absoluta y hay que ponderar su protección en conjunto con otros derechos.

La gestación por Sustitución en Argentina

En Argentina la gestación por sustitución estaba contemplada en el articulado del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, de forma tal que se establecían una serie de requisitos que debían ser controlados y aprobados judicialmente antes de que las partes se sometan a la intervención médica. Se buscaba de esta manera sentar pautas y límites claros que brinden seguridad jurídica a todas las partes involucradas, pero principalmente a los niños nacidos de la gestación por sustitución y a la gestante. Finalmente, tras un largo y polémico debate la disposición fue quitada del texto definitivo.

No obstante, su falta de regulación, la subrogación se lleva a cabo y la determinación de la filiación del niño que nace en estos casos queda sometida al arbitrio de los jueces.

²¹¹ Notrica F., Melon P. y González A. (2016). La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Revista Digital Microjuris. Cita online: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/01/08/reflexiones-vinculadas-a-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-necesidad-de-regulacion-a-traves-de-una-ley-especial/>, 1/08/2016.

El Código Civil y Comercial – ¿Evolución? del Anteproyecto

De acuerdo con los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial - a partir de ahora los Fundamentos -, la regulación de la GS respondería en primer lugar a la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. La Comisión de Reforma que trabajó este aspecto, entendió que la GS es una técnica practicada lícitamente en varios países extranjeros, motivo por el cual aquellas personas con recursos económicos tienen las posibilidades de viajar con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”). Por otra parte, “el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo hace necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida”. Sería violatorio del principio de igualdad, el negar a parejas de dos hombres la posibilidad de tener hijos con al menos la carga genética de uno de ellos. Por ello, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial proponía regular la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaría con una autorización sin la cual los médicos no podrían proceder, bajo pena de que la filiación se determine por las reglas de la filiación por naturaleza²¹². Es decir, que la propuesta inicial trataba de incluir a la República Argentina dentro de los países con un sistema regulador de la GS, *altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones*, con homologación judicial previa del acuerdo de GS entre los comitentes y la gestante.

De acuerdo con lo explicado en los Fundamentos, “se entendió que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños na-

²¹² Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial

cidos de ellas ya que ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos”²¹³.

Entonces puede decirse que los juristas que participaron de la redacción del Anteproyecto consideraron la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida de mayor complejidad, a tal punto que era la única TRHA que exigiría una intervención judicial previa que la convalide²¹⁴, a diferencia de las demás técnicas que no lo requieren y se bastan del consentimiento previo informado y libre.

El texto del Anteproyecto presentado en el año 2012 establecía:

“ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervenientes 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;

²¹³ (Ob. Cit.) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial

²¹⁴ Herrera, M. (2013). Sobre familias en plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica, 17, 105-132

- 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”²¹⁵

A través de estos requerimientos, el Anteproyecto buscaba dar un marco de protección a las posibles gestantes, y prevenir la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad que, ante la falta de recursos, se vean presionadas a caer en una Gestación por Sustitución prestada con un consentimiento viciado, no libre. Tal es así que el juez debería corroborar - antes del procedimiento médico - que la mujer o persona haya pasado por una experiencia de embarazo propio anterior, a los efectos de garantizar que la misma conozca en carne propia las implicancias de gestar; y que la mujer o persona no haya gestado para otros más de dos veces, evitando de esta manera su eventual victimización en el negocio de la trata de personas. Además, al prohibir que la gestante aporte sus gametos,

²¹⁵ Anteproyecto del Código Civil y Comercial del año 2012.

se disminuyen las posibilidades de arrepentimiento y de considerar emocionalmente al niño como un hijo propio.

De acuerdo con lo propuesto en ese entonces, todas las partes intervenientes (los comitentes y gestante) deberían prestar el consentimiento previo, informado y libre para la práctica de la GS. Este consentimiento debería ser homologado previamente por autoridad judicial una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos legales. Cumplimentados los requisitos previstos legalmente, acreditados por los interesados ante el juez, la autoridad procedería a la homologación y recién entonces se podría realizar la implantación en la gestante. Luego, para la correspondiente inscripción del nacido como hijo de los comitentes, debería presentarse ante el Registro Civil el consentimiento debidamente homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes. Finalmente, y como es sabido, la GS fue suprimida del Código Civil y Comercial y como consecuencia de ello nos encontramos hoy con un riesgoso vacío legal y el artículo 562 cuyo texto hace dudar sobre la legitimidad y validez de la filiación por GS.

La solución de cada caso queda hoy sujeta a la discrecionalidad judicial. A la fecha en Argentina ya hay más de cincuenta y dos (52) fallos que autorizan la Gestación por Sustitución de tipo no lucrativa. Hasta ahora, los magistrados han dictado siempre sentencias favorables a reconocer el vínculo entre el niño y los comitentes en base a la voluntad procreacional y con fundamento en el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

Del análisis de estas sentencias de GS se puede observar la variedad de supuestos fácticos encerrados en este tipo de procedimientos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador al momento de definir la política a adoptar por nuestro país, a saber:

- a) casos en que la gestante era familiar de los comitentes;
- b) casos en los que el embrión transferido a la persona gestante se conformó parcialmente con material genético del matrimonio comitente;
- c) casos en que la GS se reconoció a favor de parejas de dos hombres; y
- d) casos en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC actualmente vigente²¹⁶.

El art. 562 del Código. El debate sobre la necesidad de declarar - o no - su inconstitucionalidad.

La voluntad procreacional ha sido incorporada en el art. 562 del Código Civil y Comercial como factor determinante de la filiación en los casos de TRHA, siendo su redacción actual la siguiente: “ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. *Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*”

El problema que se ha planteado respecto a este artículo es que de manera expresa el mismo establece que los niños nacidos por TRHA necesariamente tendrían vínculo filial con “quien dio a luz”, manteniendo en apariencia el principio de “*mater semper certa est*”. Por esta razón parte de la doctrina sostiene que la gestación por sustitución no

²¹⁶ Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución (FPV). Fundamentos. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5759-D-2016>

tiene cabida en el derecho argentino o que, en su caso para reconocer la filiación con los comitentes de los niños nacidos por esta práctica, es necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 562.

Esta última fue la postura adoptada por el Juzgado de Familia Nro. 7 de López de Zamora en el caso H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art. 232 del CPCC), fallo del 30 de diciembre de 2015. El caso refiere a una pareja de la cual la mujer, por una enfermedad denominada Síndrome de Rokitansky, no puede gestar, pero tiene ovarios funcionales. Por este motivo y con el fin de “lograr su propia descendencia” recurrieron a la técnica de gestación por sustitución: mediante TRHA se fecundaron *in vitro* ovocitos de la mujer con esperma de su propia pareja, y se implantaron dos de esos embriones en el vientre de la hermana de la comitente, quien se había ofrecido a gestar por ella de manera altruista como un acto de solidaridad fraterna. Finalmente, solo uno de los embriones anidó y durante el embarazo se presentaron ambas hermanas al juez solicitando que al nacer la niña concebida sea inscripta como hija de los comitentes (quienes aportaron su propio material genético) y no de la gestante, quien para la niña cumpliría el rol de tía y madrina.

El fallo fue favorable a reconocer el vínculo filial entre los comitentes y la niña, ordenando su correspondiente inscripción al nacer, pero para ello la jueza entendió que era necesario declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el caso concreto de GS “en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz” y entendiendo que constituye “una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica.” Asimismo, la magistrada manifestó en su fallo que “En el art. 562 del C.C. y C.N. el legisla-

dor ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución, ya que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante” y que “aplicar aislada y literalmente la norma del art. 562 del C.C. y C.N., sin armonizarla con los derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética”²¹⁷.

Ahora bien, a favor de la gestación por sustitución, pero con una opinión distinta a la recién expuesta respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, hay quienes entienden que el extremo de tachar de inconstitucional dicha norma no resultaría necesario. Esta tesis se funda en el concepto de interpretación sistémica a la que apela el Código, pues si bien de la lectura enclaustrada del artículo 562 puede entenderse que siempre el niño es hijo de quien dio a luz, lo cierto es que dicha norma debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y de modo coherente con todo el Ordenamiento Jurídico, de acuerdo al 2º del C.C. y C.N. ²¹⁸.

Lo previsto por el artículo segundo permitiría “superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y da facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el Sistema”, la interpretación debe ser armónica. “Se trata para decirlo con Savigny, del elemento sistemático, el cual tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad”²¹⁹. Esta postura es compatible con la resonada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Na-

²¹⁷Expte. N° LZ-62420-2015 – “H. M. y Otro/a s/medidas precautorias (Art. 232 del CPCC)” – Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora (Buenos Aires) – 30/12/2015. Disponible en: <http://abogadosdefamilia.com.ar/fallo-declara-inconstitucional-art-562-del-ccyc>.

²¹⁸ Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

²¹⁹ Rabbi - Baldi Cabanillas, R. (2014) C.C.y C. N. Dir. Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord. Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

ción la cual sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas.

Hay quienes incluso interpretan que en definitiva y en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del C.C. y C.N., la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional que se puede concretar de forma privada, pudiendo ser gratuito, oneroso o asistencial (cubriendo determinados gastos durante el embarazo de la mujer gestante), con o sin aporte de material genético por parte de uno de los padre/madre/copadre/comadre, sin que ningún juez o jueza pueda establecer una prelación jerárquica entre dichas modalidades²²⁰.

El riesgo de no regular la figura

Ahora bien, tal como hemos visto antes, no prohibida la práctica de la gestación por sustitución en nuestro país, la misma está permitida. Esto surge del Principio de Reserva contemplado en nuestra Constitución Nacional. El problema se encuentra en que tampoco está regulada y, al no haber reglas claras de juego, la gestación por sustitución no solo se hace, sino que se practica sin ningún tipo de límite o control, dejando desprotegidas a las partes más vulnerables de la relación.

Al no haber normas claras que brinden seguridad jurídica, el niño ve afectados sus derechos en tanto nace en una especie de limbo, sin certeza alguna respecto de su filiación e identidad. Hasta el momento, de los casos llevados a la justicia en nuestro país se

²²⁰ Gil Domínguez, A. (2015) Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución. Diario Familia y Sucesiones Nro, 40 - 21.08.2015

han visto dos estrategias legales: la primera es no inscribir al niño cuando nace y pedir al juez que se lo inscriba a nombre de los comitentes; la segunda, es inscribir al niño como hijo de la mujer que dio a luz y luego impugnar dicha maternidad reclamando la maternidad de la comitente. En ambos supuestos los derechos del niño se ven vulnerados²²¹. En el primer caso, se viola el derecho del niño por cuanto no tiene Documento Nacional de Identidad hasta que el juez resuelve el planteo, lo que significa tiempo. Con ello se viola el derecho del niño a estar inmediatamente inscripto, a su identidad y a tener vínculo filial. Así también, y como consecuencia de no tener DNI se vulnera el derecho del niño a la salud y a la educación, entre muchos otros.

Analizando la segunda estrategia, si bien el niño tiene D.N.I., se viola su derecho a la identidad ya que su documentación no se corresponde con la realidad familiar de ese niño. El panorama se complica muchísimo más cuando el conflicto tiene aristas internacionales. En estos casos, a la lista de derechos vulnerados del niño se le suma la violación del derecho a tener nacionalidad²²², son preocupantes los numerosos casos de niños apátridas²²³. En el último año al panorama ya conocido, se agregó el agravante de la limitación a la libertad de circulación en contexto de la Pandemia por Covid-19, por lo cual en

²²¹ Lamm, E. (2015) Gestación por Sustitución. Realidad que exige legalidad. Comisión N°6, Familia: “Identidad y filiación”. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015,

²²² “En el mundo globalizado en que vivimos es cada vez más frecuente que para poder concretar el derecho a formar una familia, gracias al avance de la biomedicina y frente a las dificultades que imponen los ordenamientos jurídicos propios, las personas se desplacen al extranjero para acudir a la gestación por sustitución (GS) en aquellos países en los que está permitida o es posible técnicamente, a pesar de las dificultades que ésta técnica pueda traer aparejada.1 En atención a los diferentes posicionamientos estatales en relación a estas prácticas, es finalmente el poder judicial quien debe hacer frente a los conflictos que se presentan una vez que han nacido las niñas y niños y que pretenden desplazarse y que sus derechos sean reconocidos en el Estado en que residirán. Las soluciones jurisprudenciales han sido divergentes. Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional”. Lamm, E.; Rubaja, N. (2016) Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona. <https://doi.org/10.1344/rbd2016.37.16156>

²²³ Como medida para evitar la situación de niños apátridas el Tribunal de Derechos Humanos Europeo ha dispuesto que cada país bajo su jurisdicción puede decidir su postura y regulación ante la GS, pero que cuando personas nacionales hayan practicado dicha técnica en el extranjero, ningún estado puede impedir el ingreso de los mismos ni del niño nacido, debiendo reconocerse en todos los casos la filiación correspondiente y sus consecuentes derechos.

este periodo los niños nacidos de comitentes argentinos por esta técnica quedaron en situación de desamparo en el exterior, apátridas y sin filiación.

Por otro lado, en caso de incumplimiento del convenio por parte de la gestante (arrepentimiento) o de los comitentes (tal es el caso de comitentes que ante alguna patología del niño no lo quieren recibir) y ante la falta de respuesta jurídica a dicha situación, se supone un grave perjuicio para el menor, por lo que es necesaria una correcta regulación normativa de esta figura”²²⁴.

En cuanto a la protección de la mujer, la falta de regulación favorece el desarrollo de los llamados “baby business” (industria de bebés) y “turismo reproductivo”. Es decir que la falta de límites y control del estado favorece que mujeres en situación de vulnerabilidad sean explotadas.

Proyectos de ley para regular la GS posteriores al C.C. y C.N.

En pos de dar un marco jurídico a esta compleja situación, a partir del año 2015 se presentaron once proyectos de ley para regular la figura de la GS²²⁵. La gran cantidad de

²²⁴ Vilar González, S. (2014) Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

²²⁵ Proyectos presentados para análisis y comparación:

2015: Expte. S-2574/15 Proyecto de Ley “Montero” (UCR) Gestación Por Sustitución.

2016: Expte.5700-D-2016 Proyecto Ferreyra (Movimiento Evita) y Expte.5759-D-2016 Proyecto Rach (FPV)

2017:

- Expte.3765-D-2017 Proyecto de ley: gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Carrizo, Ana Carla (UCR)

- Expte.5141-D-2017 Proyecto de ley: gestación por sustitución como técnica de reproducción medicamente asistida. Régimen. Modificación de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código Civil y Comercial de la Nación. Rita Olga María (UCR)

2018

- Expte.0084-D-2018 Proyecto de ley: Código civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la gestación por sustitución. Rach Quiroga, Analía (PJ)

- Expte.0630-D-2018 Proyecto de ley: técnica de gestación solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional. Ferreyra Araceli.

propuestas no es un dato menor, en principio denota la gran necesidad de la regulación de esta figura, y por el otro refleja la puja de las distintas fuerzas políticas que intentan consagrarse como victoria propia tan importante cuestión.

El Proyecto presentado por la senadora Laura Montero (UCR) en el año 2015 fue elaborado con la colaboración de la Dra. Eleonora Lamm entre otros y fue trabajado siguiendo las bases y requisitos que proponía el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial para la figura de la GS. En esa línea de ideas, con el objeto de dar seguridad a las partes involucradas y proteger los derechos humanos en juego, dicho proyecto de ley establecía un protocolo que requería la intervención judicial previa al tratamiento médico (con colaboración de un equipo interdisciplinario) a través del cual se verifique el cumplimiento de ciertos requisitos (entre otros requerimientos: que se asegure la protección del interés superior del niño; que tenga un fin altruista; que se trate de una GS de tipo “gestacional”; que la gestante tenga buena salud; que la gestante no pueda llevar embarazos para otros más de dos veces; que la misma tenga hijos propios; que se compense pero no se retribuya; un mínimo de 3 años de residencia en el país para al menos uno de los comitentes...) Verificados dichos requisitos y con la homologación judicial del acuerdo, recién podría procederse a la implantación del embrión en el útero de la gestante.

- Expte.1374-D-2018 Proyecto de ley: gestación por sustitución. Régimen. Wechsler, Marcelo German Wisky, Sergio Javier (PRO)

- Expte.S-825/18 Proyecto de ley: regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. Cobos, Julio Cesar Cleto (UCR) 2019

Expte.5422-D-2019 Técnica de gestación solidaria. Régimen. Modificación del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre voluntad procreacional. Araceli Ferreyra (Movimiento Evita) 2020

- Expte. S-1429/2020 Gestación por sustitución. Cobos Julio Cesar Cleto (UCR)
- Expte.3524-D-2020 Código Civil y Comercial de la Nación. Modificación. Incorporación de la gestación por sustitución presentado por Estevez, Gabriela Beatriz (Frente de Todos)
- CABA - Proyecto de ley destinado a regular la inscripción de bebés nacidos a través de gestación solidaria o por sustitución. Diputado Del Bloque Ucr- Evolución, Ariel Alvarez Palma

Además, el Proyecto proponía establecer que, toda cláusula que limite los derechos de la gestante se tenga por no escrita, y la creación de un Registro de Gestantes. Por otra parte, se proponía tipificar el delito de intermediación de la GS, es decir la creación de una figura penal para sancionar a quienes actúen como intermediarios²²⁶.

La iniciativa recibió críticas y no tuvo el apoyo necesario para su aprobación. Amén de ciertas cuestiones de redacción y técnica legislativa, de la oposición²²⁷, y de las posturas extremas que se oponen per se a reconocer la gestación por sustitución, el debate levantó opiniones bastante contrarias entre sí: algunas posturas feministas argumentaron su preocupación por que el proyecto no establecía suficientes controles para proteger a las mujeres de la explotación de vientres; mientras que por otro lado, la Federación Argentina de LGTB criticó el proyecto por entenderlo excesivamente regulatorio (restrictivo de las libertades de las personas) y paternalista del cuerpo de las mujer.

Otro argumento crítico, sostenido entre otros por el Dr. Gil Domínguez, es que la judicialización de cada caso es una exigencia que puede significar un obstáculo para que pareja gay pudieran acceder a la paternidad, dada la discriminación encubierta que podría llegar a encontrar en los tribunales de Familia.

Tal es así que en el año 2016 se presentaron dos nuevos proyectos de ley para regular esta figura:

1- El proyecto presentado por la diputada Araceli Ferreyra (Movimiento Evita) el cual fue elaborado en conjunto con la Federación Argentina de LGTB reflejando las críticas que fueran realizadas en el 2015 al proyecto de Montero. En principio, el proyecto propone denominar a la figura “Gestación Solidaria”, dejando de lado el término sustitución.

²²⁶ Jornada de Debate. Gestación por Sustitución 08-09-15. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=U0tTnsBfYFo>

²²⁷ Cabe observar que el bloque del FPV presentó un proyecto con características similares, pero no apoyó el de Montero (UCR)

Este proyecto propuso la creación de un registro de madres gestantes, mujeres que - a diferencia del proyecto presentado antes - no necesariamente deben tener vínculo afectivo con los comitentes. En este sentido Esteban Paulón, Vicepresidente de la Federación Argentina de LGTB, explicó que la denominación “gestación solidaria” obedece a que el proyecto de Ferreira no exige que la mujer (gestante) que llevará durante nueve meses en su vientre el bebé de otros (comitentes), mantenga con éstos un vínculo afectivo previo. Para Paulón exigir un vínculo previo “es otra vez volver a poner a la maternidad o paternidad en un plano sentimental”, algo innecesario “si la gestante está dispuesta, hay garantías de cuidado de salud y está inscripta en un registro”²²⁸. Por otra parte, el proyecto se diferencia fundamentalmente de la otra línea de trabajo legislativo en que no requiere autorización judicial, sino que alcanza un instrumento suscripto entre los involucrados en un centro médico autorizado, a través del cual las partes acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria, que luego debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción. Esta propuesta, en coincidencia con los otros proyectos presentados, también aboga por la técnica “gestacional”, es decir que la gestan no debe aportar sus gametos.

Respecto del art. 562 del CCyCN, el proyecto de Gestación Solidaria propone su modificación, siendo el texto sugerido el siguiente: “Voluntad Procreacional. Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas,

²²⁸ “Gestación solidaria”, el otro proyecto que intenta legislar sobre hijos nacidos en un vientre ajeno. 21/09/2016. Nota disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201609/164002-gestacion-solidaria-el-otro-proyecto-que-intenta-legislar-sobre-hijos-nacidos-en-un-vientre-ajeno.html>

con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuera mediante Gestación Solidaria, con independencia de quien haya sido la “gestante”²²⁹.

2.- El Proyecto presentado por un grupo de investigadores del CONICET, en conjunto con la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la diputada Analia Rach Quiroga (Frente para la Victoria). Este proyecto de ley propone regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial. Tiene puntos muy similares al Proyecto de Montero (2015) y al igual que el Anteproyecto de Reforma, mantiene el carácter no lucrativo de GS, aunque refuerza su cumplimiento introduciendo nuevos recaudos a lo largo de su articulado, tales como que existan vínculos o lazos afectivos entre la persona que gesta y el/los comitentes, y modificaciones al Código Penal a los fines de evitar las agencias intermediarias y las transferencias embrionarias sin autorización judicial.

En los fundamentos del proyecto, dice expresamente diferenciarse de otras propuestas por cuanto “no recepta acuerdos privados de GS, ni tiene por fin el procedimiento de homologación de estos acuerdos por vía judicial (“Proyecto Montero” EXPTE. 2574-S-2015). Por el contrario, propone estatuir un procedimiento íntegramente judicial, con intervención del equipo interdisciplinario del juzgado, en el cual las partes - gestante y comitentes - deberán intervenir con su respectiva asistencia letrada, peticionando la autorización judicial previa a la realización del procedimiento de GS” (Expediente N° 5700-D-2016).

En este punto cabe preguntarse si es que la relación que nos aboca - comitentes/gestante - puede darse de manera íntegramente judicial y más aún si se pretende que exista un vínculo afectivo previo entre ambos. Los involucrados antes de ir a la justicia seguramente habrán tenido encuentros, conversando y pactando voluntariamente

²²⁹ Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria. H. Cámara de Diputados de la Nación. Expediente N° 5700-D-2016.

las condiciones de su acuerdo según sus convicciones y necesidades, por ello, no reconocer la validez de dicho acuerdo significa menospreciar la capacidad de autodeterminación las partes en un asunto tan sensible e íntimo como lo es la vida familiar. En este sentido entiendo que la función del juez debe ser la de homologar un acuerdo libremente prestado por personas capaces, corroborando el cumplimiento de aquellos requisitos que nos permitan evitar y controlar la vulneración de derechos y la explotación de mujeres.

Volviendo al Proyecto, el mismo incluye disposiciones para la regulación precisa del acceso a la información de los niños/as nacidos de un procedimiento de GS y propone modificaciones a la ley cuyo objeto principal gira en torno a la cobertura médica como lo es la ley 26.862 a los fines de incorporar el costo de la GS en su articulado. Esta propuesta también introduce un aspecto penal que involucra la GS al introducirse dos normativas al Código Penal tendiente a evitar cualquier tipo de intermediación que constituya un abuso y total desprotección a las gestantes.

Asimismo, cabe destacar que se prevé expresamente, que la GS no importará restricción alguna a los derechos personalísimos de la persona que gesta, en tanto es ella quien decide sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía²³⁰. Otro punto que aborda el proyecto de ley es el que habla de quien deberá cubrir el tratamiento. Según el texto, el propio sistema de salud de la pareja deberá generar una cobertura que incluya a la gestante y a todos los tratamientos vinculados al embarazo y nacimiento.

En general, el proyecto presentado por la Diputada Analía Rach Quiroga es una versión que toma el de base el proyecto presentado en el 2015 por la Senadora Montero, con la diferencia de que incluye la necesidad de un vínculo afectivo entre la gestante y los

²³⁰ (Ob Cit. Proyecto de Ley Expediente N° 5700-D-2016)

comitentes²³¹ y la exigencia de un proceso en teoría íntegramente judicial de GS. Ambos son criticados por la Federación Argentina de LGTB por resultar restrictivo.

A partir de allí, se presentaron nueve proyectos más que se caracterizan por encuadrarse en lo general dentro de alguna de estas tres líneas. De su comparación se puede afirmar que:

- 1. Denominación de la figura:** Se observa que, del total de Proyectos de ley presentados, la mayoría denomina a la figura Gestación por Sustitución, y solo tres de los proyectos (Expte. 5700-D-2016, Expte.0630-D-2018, y Expte.5422-D-2019) la denominan Gestación Solidaria. Además, cabe mencionar que los tres proyectos que denominan a la figura como “gestación solidaria” son uno antecedente del otro, y son presentados por una misma diputada Araceli Ferreyra.
- 2. Todos los proyectos proponen la GS de tipo gestacional.** Se observa un marcado consenso por parte de la doctrina en cuanto a que la GS debe ser de tipo gestacional, es decir que de ningún modo la gestante puede aportar gametos propios. Esto con el fin de disminuir cualquier posible arrepentimiento, y reducir la complejidad de la relación.
- 3. Todos los Proyectos proponen la GS de tipo altruista NO comercial.** También hay acuerdo de la doctrina en este punto - lo que se refleja en las propuestas de ley -. Se busca evitar la comercialización de la gestación para otros, y por ello los proyectos de ley prevén una compensación económica a los solos efectos de cubrir los gastos en que incurra la gestante con motivo del embarazo.
- 4. Requisito de imposibilidad de gestar de los comitentes:** Del análisis y comparación de los proyectos de ley presentados, se observa que la mayoría de las propuestas incluye como requisito a los requirentes o comitentes la imposibilidad de

²³¹ Con este requisito se recepta una de las realidades observadas en los casos que llegaron a la justicia hasta el momento. Se ha observado que las gestantes tienen un vínculo afectivo con los comitentes.

gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual. Los tres proyectos que no incluyen este requisito son los que siguen la línea denominada “Gestación Solidaria” de la diputada Ferreyra.

5. Establecen el requisito de un proceso judicial previo o acuerdo entre partes:

Se pueden diferenciar 3 sistemas propuestos en este sentido:

a- Las propuestas tramitadas por Expedientes 5759-D 2016, 3765-D-2017, 0084-D2018 y 3524 D 2020 proponen que toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias que se dicten a estos fines. La gestante y el o los comitentes deben intervenir con su respectiva asistencia letrada. En este caso no se trata de la homologación judicial de un acuerdo entre partes, sino de un procedimiento enteramente judicial.

b.- Las propuestas tramitadas por expedientes S-2574/15, S-825/18, 1374-D-2018, refieren a la homologación judicial de un acuerdo al que debieran haber arribado las partes, previa verificación de los requisitos establecidos en las respectivas leyes.

c.- Y en otro extremo los Expte.5700-D-2016, Expte.5141-D-2017, Expte.0630-D-2018, Expte.S-825/18 y Expte.S-1429/2020 establecen la base de la filiación en la voluntad procreacional expresada en el consentimiento informado y en un acuerdo entre las partes (comitentes/requirentes y gestante), el que no requiere la autorización de un juez.

Esta es la metodología propuesta por los proyectos en línea con la denominada “Gestación Solidaria”, propuesta por Ferreyra, pero además por las propuestas de la UCR de Rita Olga María en el 2017, y la segunda propuesta de Julio Cleto Co-

bos que fue presentada en 2020. Este último legislador había presentado una primera propuesta muy similar a la de Montero del 2015, la cual modificó sustancialmente en el 2020 al suprimir el requisito de homologación judicial del acuerdo.

6. **Proponen modificar el artículo 562:** En todas las presentaciones se propone modificar el artículo 562 sobre voluntad procreacional, eliminando el principio de “madre cierta siempre es”.
7. Establece como requisito para la gestante tener vínculo afectivo con los comitentes, tener un hijo previo, y no haberse sometido más de dos veces a gestación por sustitución:
 - a.- Los proyectos tramitados por expediente: 5700-D-2016, 0630-D-2018, 5422-D-2019 (Gestación Solidaria) NO establecen como requisito para la gestante tener vínculo afectivo con los comitentes, tener un hijo previo, y no haberse sometido más de dos veces a gestación por sustitución.
 - b.- El proyecto 3765-D-2017 establece como requisito no haber gestado para otro más de dos (2) veces, pero nada dice de tener un hijo propio anterior ni de tener un lazo afectivo con los comitentes;
 - c.- Las propuestas tramitadas por Exptes.S-2574/15, 5141-D-2017, S-825/18, 1374-D-2018, S-1429/2020 Establecen como requisito que la gestante haya tenido al menos un hijo propio, y que no haya gestado para otros más de dos (2) veces.
 - d.- Los Proyectos de los autos 5759-D-2016, el 0084-D-2018 y 3524-D-2020 establecen como requisito que la gestante haya tenido al menos un hijo propio, y que no haya gestado para otros más de dos (2) veces, y además en la definición de la figura establece que la persona o pareja denominada comitente/s posee con la gestante lazos afectivos.

Conclusiones

No hay duda de que se trata de una figura muy compleja y sensible, que nos crea innumerables interrogantes jurídicos y éticos, pero es necesario buscar respuestas a la luz de los valores y las necesidades de la sociedad contemporánea. Es entendible que parte de la sociedad reaccione rechazando lo nuevo, porque es desconocido, y es una respuesta psicológica normal, pero ello no alcanza para objetar la GS. La asimilación de las novedades se va dando generalmente de forma paulatina.

No podemos olvidar que del “otro” lado hay intereses y derechos, aquellas personas que desean tener hijos con vínculo genético y no pueden, tienen derecho a gozar del avance científico. Estos derechos importan y están protegidos por nuestro bloque constitucional y deben ser puestos en la balanza al momento de las ponderaciones que realicemos para resolver la situación de la gestación por sustitución a nivel país.

Si bien es indispensable fijar límites a las conductas del hombre, y más aún en aquellas cuestiones relacionadas al avance de la ciencia, es importante que esas delimitaciones se hagan desde la mirada de los derechos humanos de manera plural y objetiva, abarcativa de las distintas realidades que se ven afectadas por nuestro reglamento, evitando la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio y discriminación social.

La realidad es que incluso la prohibición expresa de la GS (que se da en algunos países) no logra evitar que se realice la práctica a través de estrategias turbias y conflictivas, empeorando la situación.

Aunque jurisprudencialmente se viene emparchando la falta de regulación, se producen vulneraciones a los derechos de los niños que nacen por GS. Asimismo, al no establecerse límites claros que permitan al estado controlar la práctica de GS, se corre el

riesgo de que mujeres en situación de vulnerabilidad puedan ser explotadas; y la falta de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la GS, favorece al llamado “turismo reproductivo”.

Al no existir leyes que pongan freno y marquen las pautas para la práctica aceptable de la Gestación por Sustitución, dejamos expuestas a aquellas mujeres vulnerables que pueden caer en la explotación de personas. Una medida para frenar este negocio es justamente establecer normas que permitan al estado controlar la realización de estas técnicas y asegurarse que las mismas se realicen de forma libre y respondiendo a fines altruistas, con total entendimiento de sus derechos.

Si prohibimos, vulneramos los derechos humanos de las aquellas personas que quieren formar una familia. Derechos humanos amparados por nuestro bloque constitucional. Si en vez de regular, callamos: desprotegemos. Tendría más sentido utilizar las objeciones que nos presentan las TRHA de manera positiva a través de una regulación clara que nos permita limitar los efectos que como sociedad no estamos dispuestos a soportar. De nada sirve preocuparnos, si no hacemos nada al respecto. Regular es crear una herramienta para controlar que la GS se haga sin vulnerar los derechos de ninguna de sus partes.

No es una fácil tarea regular la GS de manera tal que cubra todos los puntos que nos preocupan como sociedad y que a la vez signifiquen un marco de acción amplio y flexible para los sujetos interesados en la práctica. Claramente, a mayores requisitos mayor protección y control, pero a su vez mayores son las complicaciones para quienes quieren hacer uso de la técnica.

Considero que, en el contexto actual de nuestro país, resulta conveniente regular la Gestación por Sustitución de tipo gestacional y no comercial, con intervención judicial

previa al procedimiento médico que homologue el acuerdo entre las partes y controle que la gestante presta su consentimiento de forma libre e informada. Debe respetarse la capacidad de autodeterminación de las partes involucradas dando al juez la función de controlor de requisitos y la homologación del acuerdo al que arribaran los comitentes con la gestante.

Comparto el criterio que establece como requisito verificar que la gestante no se haya sometido a gestación por sustitución más de dos veces; y a mi entender se debería corroborar el lazo afectivo para evitar la GS comercial. No así el requisito de haber tenido un hijo previo, por cuanto sostengo que las mujeres pueden decidir llevar un embarazo para otros aun cuando no quieran tener un hijo propio. Negar esta libertad resulta paternalista.

Adhiero a establecer como requisito a los requirentes o comitentes la imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual.

Nada obsta que, en un futuro cercano, existiendo mayores herramientas para combatir la explotación de vientres y habiendo madurado nuestra sociedad en relación con la materia, el proceso no pueda ser simplificado.

Con respecto al art. 562, si bien al acudir a nuestro ordenamiento jurídico de manera sistemática encontramos el reconocimiento de la GS, entiendo que - sobre todo en un contexto como el actual, en el que estamos iniciando un camino diferente en el que existen dudas y opiniones encontradas - sería conveniente contar con normas claras que no necesiten de una interpretación forzada. Mucho se ha repetido que “no se debe hacer decir al código lo que no quiere decir” y en este caso dice expresamente que se es hijo de

quien dio a luz, norma que entiendo debe ser tachada de inconstitucional al momento de reconocer la filiación entre los comitentes y el niño nacido por GS. Por ello adhiero a la necesidad de la reforma del mencionado artículo.

CAPÍTULO VI

EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL

Y COBERTURA MÉDICA

Introducción

La ciencia médica avanza a pasos agigantados y cotidianamente nos encontramos con realidades que hace no mucho tiempo eran propias de películas de ciencia ficción. Lo cierto es que la medicina y la tecnología avanzan de la mano de nuestra sociedad, que recurre a dicha ciencia para dar solución a sus problemas existenciales. Estos cambios nos van generando interrogantes y objeciones que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocan en una típica cuestión de axiología jurídica y política legislativa: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse²³². Como se desarrolló hasta aquí, el siglo pasado se vió marcado por un suceso histórico en materia de salud reproductiva: el surgimiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

El Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP) es en principio “una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación *in vitro* y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer o persona que gesta. Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología. También recurren al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos, (DGP de

²³² Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. Casado, M. (Coord.) Signo. Barcelona. 2008. Disponible en: http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf. Compulsado el 17-07- 2011.

Screening de Aneuploidías (DGSA). Este tipo de diagnóstico pretende detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad”²³³.

El DGP no es una técnica médica reciente, pues desde la década del 90 que se llevan a cabo procedimientos de este tipo en centros de salud especializados. No obstante, si bien no está restringida su práctica, en nuestro país el DGP no está específicamente regulado, y tampoco se encuentra expresamente comprendido en la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas medicas asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida del año 2013 y su Decreto Reglamentario Nº 956/2013.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su Art. 57 cuando establece las prácticas prohibidas refiere que “está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”, es decir que “la norma prohíbe alterar o producir una alteración genética —no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)”²³⁴.

Tal es así que nos encontramos con un procedimiento médico de alta complejidad -en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida- que carece de atención normativa y que merece un análisis bioético y jurídico acorde a las necesidades de nuestra sociedad actual.

Las TRHA en nuestro Ordenamiento Normativo

Como se ha desarrollado en el Capítulo III y IV, la Ley Nº26.862 y su decreto reglamentario Nº 956 del 19 de julio del 2013 “garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas medicas asistenciales de reproducción medicamente asistida” siendo su

²³³ Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. AÑO Ixxvii Nº 140, ISSN 0024-1636 Cita on line: AR/DOC/2899/2013

²³⁴ Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

objetivo central el acceso a la cobertura médica de tales prácticas de toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/ paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. A tal fin la Ley de acceso integral a las TRHA “define la reproducción médica asistida como los procedimientos o tratamientos para la consecución de un embarazo. Dentro del decreto reglamentario se distinguen los procedimientos de baja y alta complejidad, se determina alcance y modalidad de otorgamiento, se enuncian algunos y se delega en la autoridad de aplicación la incorporación de nuevos procedimientos que se desarrolle en función de los avances técnicos científicos que hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia. También se dispone que queden incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y técnicas regulados en el Art. 8 de la Ley 26.864 donde se enuncia quienes son los beneficiarios y se invisten al Ministerio de Salud de la Nación y a la Superintendencia de Servicios de la Salud como Autoridades de Aplicación, en lo que resulte materia de su competencia”.²³⁵ Nótese que nada dice la ley de cobertura médica respecto al DGP.

Cabe destacar que “la regulación establecida por la ley 26.862 dejó abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los *“nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicocientíficos”* (art. 20) De este modo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable *“cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación”*. Frente a esta cuestión, advertimos que la técnica de DGP no se encuentra autorizada por la autoridad de aplicación dentro de esta categorización; lo que ha obligado a la

²³⁵ Caballero, C. E. – Defant, S. Técnicas de reproducción humana asistida ¿legislar o interpretar? Ponencia. Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia.

jurisprudencia a resolver en sentido dispar la admisión de la cobertura de este protocolo por parte de las obras Sociales y empresas de medicina prepaga”²³⁶.

El Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)

Ahora bien, “las TRHA ya no sólo se utilizan con fines reproductivos, sino también con fines diagnósticos o curativos. Así, un creciente número de parejas fértiles con un historial familiar de serias enfermedades genéticas tales como fibrosis quística, hemofilia, etc. está comenzando a optar por recurrir al DGP para asegurarse de que ninguno de sus hijos heredará tales enfermedades”²³⁷. El Diagnóstico Genético Preimplantacional o DGP “se trata de una técnica que se lleva a cabo durante el ciclo de fecundación *in vitro* y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer”²³⁸. La finalidad más significativa del DGP es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología, no obstante, también se conocen otras finalidades y se las pueden diferenciar de la siguiente manera:

1.- DGP de “Screening de Aneuploidías” (DGSA), en donde se seleccionan los embriones viables con el fin de lograr un embarazo que llegue a término. “Este tipo de diagnóstico permite detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad. El objetivo del screening de aneuploidías (cribado de anomalías cromosómicas en embriones *in vitro*) es mejorar la efectividad de las TRHA

²³⁶ González Magaña, I. (2016) *El Diagnóstico Genético pre-implantacional en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿Existe justificación legal para la selección de embriones?* DPI Diario Familia y Sucesiones Nro 69 – 06.05.2016

²³⁷ Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. AÑO Ixxvii N° 140, ISSN 0024-1636 Cita on line: AR/DOC/2899/2013

²³⁸ Bergel, S. D.; Flah, L. R.; Herrera, M.; Lamm, E.; Wierzba, S. (2015). Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. Kemelmajer de Carlucci, Aida (prol.). 1^a Edicion. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. 436p.

en parejas con mal pronóstico de embarazo (edad materna avanzada, fallos de implantación, factores masculinos severos y/o abortos de repetición), incrementando la probabilidad de conseguir un niño sano y reduciendo el número de abortos espontáneos”²³⁹;

2.- “DGP “General”, donde los embriones que no se seleccionan son aquellos que no son aptos para la reproducción, por ser portadores de la enfermedad hereditaria que se desea evitar y, por último;

3.- DGP “extensivo”, que permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea éste su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético preimplantacional para evitar una condición genética grave en el niño resultante”²⁴⁰.

El DGP en todas sus modalidades nos crea innumerables interrogantes jurídicos y éticos, pero es necesario buscar respuestas que satisfagan las necesidades de la sociedad hoy en día. Es entendible que parte de la sociedad reaccione rechazando lo nuevo, porque es desconocido, y es una respuesta psicológica normal, pero ello no alcanza para objetar sin más el DGP. La asimilación de las novedades se va dando generalmente de forma paulatina. No podemos olvidar que del “otro” lado hay intereses y derechos, aquellas personas que padecen una enfermedad y desean evitar que su descendencia padezca las mismas patologías, o quienes tienen un hijo enfermo y encuentran una posible cura en el nacimiento de un hermano compatible, tienen derecho a gozar del avance científico. Estos derechos importan y deben ser puestos en la balanza al

²³⁹ Lamm, E. (2015). El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 – La Ley 20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

²⁴⁰ Caballero, C. E. – Defant, S. Técnicas de reproducción humana asistida ¿legislar o interpretar? Ponencia. Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia.

momento de las ponderaciones que realicemos para resolver la situación del DGP a nivel país.

“El DGP, científicamente, es una técnica o un proceso que no implica un tratamiento diferente a todos los procedimientos de técnicas de alta complejidad que conlleva la formación de embriones y la correspondiente criopreservación. Téngase presente que una gran cantidad de países permiten el DGP: Brasil (Resolución N° 1.957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina), Francia, España, Portugal, Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, entre otros. Además, vale aclarar que, si bien el DGP se encuentra en fase experimental, situación que no reviste una connotación negativa, es visto de manera positiva en varios ordenamientos jurídicos tal como hemos ejemplificado. La importancia y el uso del DGP va en aumento; tal es así que algunos bioeticistas han comenzado a sostener que determinados padres tienen el deber moral de recurrir al DGP para procrear niños sanos. Argumentan tres razones: el aumento del bienestar del niño, la ampliación de su autodeterminación, y la reducción de las desigualdades. Véase en extenso, Malek, J Y Daar, J “The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit” The American Journal of Bioethics. Vol 12, Issue 4, 2012, pp 3-11”²⁴¹.

Si bien es indispensable fijar límites a las conductas del hombre, y más aún en aquellas cuestiones relacionadas al avance de la ciencia, es importante que esas delimitaciones se hagan desde la mirada de los derechos humanos, de manera plural y objetiva, abarcativa de las distintas realidades que se ven afectadas por nuestro reglamento,

²⁴¹ Rodríguez Iturburu, M. (2015) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad Reproducción 2015;30:143-160

evitando la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio y discriminación social. “En este sentido, cabe tener en cuenta, como punto de partida, que la mayoría de los países que han regulado las TRHA, han legislado y permiten el DGP, siendo ésta una tendencia en aumento. Incluso ha sido autorizado por el TEDH en un resonado caso contra Italia: caso *Costa y Pavan vs. Italia* ”²⁴².

“En nuestro país, no obstante, la falta de legislación, el DGP (extensivo) ha sido autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. Véase los fallos del Juzgado en lo contencioso administrativo nº 1 de La Plata, 2010/19/08, C A N y otro/a c/ IOMA s/amparo, eldial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L, H A y otra vs Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, el-Dial.com - AA4F36; - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, MGG c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A”²⁴³

El problema de su falta de legislación y cobertura médica.

El problema de la falta de legislación e inclusión del DGP en la cobertura médica recae nuevamente en dos cuestiones centrales a lo largo del desarrollo de la presente tesis: por un lado la peligrosidad del desarrollo de estas prácticas médicas sin control y sin establecer prohibiciones al uso abusivo de la técnica, prácticas abusivas que no son deseadas por la sociedad ni tampoco por la doctrina; y por otro lado, la desigualdad que se produce entre aquellas personas que tienen recursos económicos para afrontar el costoso estudio garantizando la implantación de embriones viables y

²⁴² Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. AÑO Ixxvii N° 140, ISSN 0024-1636 Cita on line: AR/DOC/2899/2013

²⁴³ Rodríguez Iturburu, M. (2015) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad Reproducción 2015;30:143-160

sanos, y aquellas personas que no tienen el dinero para pagarlo. Es decir, que una parte de la población, la población adinerada, tiene el privilegio de poder prevenir abortos espontáneos y embarazos de riesgo, así como también evitar embarazos con embriones que llevan enfermedades dolorosas, degenerativas, que acarrean un gran sufrimiento al niño y que reducen su esperanza de vida a pocos años. Mientras otra parte de la población, la población vulnerable, debe asumir estos riesgos, con lo doloroso que significa tanto la perdida de embarazos por abortos espontáneos, como llevar adelante un embarazo sabiendo que pudiste haberle trasmitido una grave enfermedad a tu hijo. Esto a las claras viola el principio a la igualdad y no discriminación desarrollado en el Capítulo II, derecho protegido por nuestra Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Argentina.

Esta cuestión está planteada en el Proyecto de Ley especial de TRHA presentado en el congreso, pero la misma no fue tratada hasta el momento y por ende el DGP no está regulado y no se encuentra incluido en el piso mínimo obligatorio de cobertura médica.

Conclusiones:

“Los derechos comprometidos en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son “*los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud... ligados con los derechos a la dignidad, la libertad y la igualdad de toda persona humana*”²⁴⁴.

El DGP es una técnica médica de alta complejidad en el marco de las técnicas de reproducción Humana Asistida que no está prohibida en nuestro país, y por ende

²⁴⁴ Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. AÑO Ixxvii N° 140, ISSN 0024-1636 Cita on line: AR/DOC/2899/2013

aplicando el Principio de Reserva. Art. 19 de nuestra Constitución Nacional, está permitida.

Si bien es un procedimiento que nos genera interrogantes, es importante regular el procedimiento para fijar límites aceptables a su práctica, desde una óptica libre de prejuicios e influencias religiosas, teniendo en cuenta los derechos de las personas que necesitan del DGP.

En la actualidad en nuestro país se práctica el DGP, pero no está cubierto por las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga. Por ello, solo tienen acceso a esta técnica médica las personas que tienen recursos económicos para costear el procedimiento. Esta situación produce una fuerte violación al Principio de Igualdad.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

La familia ha pasado por un proceso de trasformación, pero la importancia de esta organización social no se ha depreciado, al contrario, ha ampliado sus horizontes para abarcar a las distintas estructuras familiares que se presentan en la sociedad moderna y que antes eran invisibilizadas. En ese marco, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente reconoce los diferentes tipos de familias que hoy en día existen, compatibilizando nuestro ordenamiento interno a los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país, en la búsqueda de garantizar la igualdad de las personas en este aspecto tan entrañable como lo es formar una familia.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Fallos “Atala Riffó” “Fornerón” y “Artavia Murillo”, el Derecho Internacional de Derechos Humanos no protege un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio heterosexual y debe abarcar otros lazos familiares. Consecuentemente con esta posición, interpretando a las TRHA como una forma para ejercer el derecho a formar la familia deseada y desarrollar el plan de vida autorreferencial, estas técnicas se erigen como la única vía para muchas personas.

Nuestro país ha ratificado instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio, cuya inobservancia acarrea responsabilidad ante la comunidad internacional. En los mencionados instrumentos se encuentran reconocidos el derecho a la igualdad, a la vida familiar, a la privacidad y a la autonomía personal, a la libertad, a la salud integral y al goce de los avances científicos. Todos derechos que se proyectan en la noción de dere-

chos sexuales y reproductivos como aspecto indivisible de la dignidad humana. Por ello, puede afirmarse que Argentina reconoce el derecho a procrear como parte de los derechos reproductivos. Y en base al principio de igualdad, el Estado tiene el deber de garantizar las condiciones para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Tal es así que el acceso a técnicas de reproducción como medio para formar la familia deseada, debe ser una posibilidad tanto para parejas heterosexuales, como para parejas homosexuales, o personas que deciden formar una familia monoparental, sin que la orientación sexual o el nivel adquisitivo puedan ser un factor determinante para negarse tal derecho.

Por todo lo expuesto, resulta acertada la inclusión al Código Civil y Comercial de las TRHA como una nueva fuente de filiación con causa fuente en la voluntad procreacional, porque las TRHA abren la puerta a situaciones complejas que no pueden ser resueltas asertivamente siguiendo las mismas reglas que en la filiación por naturaleza. Y es claro que en cuestiones de derecho cuanto más complicada es la situación, mayor es la necesidad de contar con reglas claras que den seguridad a las distintas partes de la relación. Por ello, y si bien la reforma ha significado un avance en materia legislativa, existen ciertos temas cuya regulación normativa se encuentra pendiente para garantizar el derecho a procrear y a formar una familia sin ser discriminado: la falta de normativas sobre la protección del embrión y la regulación del destino de embriones supernumerarios, así como de la supresión de la figura de Gestación por Sustitución y la falta de cobertura del DGP, son claros ejemplos de ello.

Y en este sentido, afirmando que Argentina se encuentra obligada a garantizar los derechos reproductivos que emergen del derecho a formar una familia en base al principio de igualdad y no discriminación, a la privacidad y autonomía personal, a la salud integral y a gozar del avance de la ciencia, derechos todos reconocidos en los Tratados de

Derechos Humanos ratificados por nuestro país y que gozan de jerarquía constitucional desde el año 1994, cabe hacer notar que la falta de regulación de las cuestiones antes mencionada son omisiones del Estado que constituyen un incumplimiento a las obligaciones asumidas en los tratados ratificados, por lo que Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional por ello. Se observa en este punto un ejemplo de inconstitucionalidad e inconvenencialidad por omisión.

En relación al estatus del embrión *in vitro*, cuestión que se encuentra estrechamente vinculada al ejercicio de la práctica de TRHA, si bien la vida es un derecho fundamental, no es absoluto en etapa prenatal y así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo”. De acuerdo a lo establecido por este tribunal, el embrión es digno de protección por cuanto se trata de un conjunto de células vivas que podrían devenir en una persona humana en caso de que se den las condiciones necesarias para ello, pero no merece igual protección que un ser humano. Además, la Corte IDH como último intérprete de la Convención estableció que el término concepción - al que se alude tanto en la Convención Americana como en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación- no es sinónimo de fecundación de gametos, sino de anidación del embrión en el útero de la mujer o persona que lleva el embarazo. Por ello y habiendo analizado las doctrinas mayoritarias respecto al inicio de la persona jurídica física, adherimos a la postura que considera que el embrión *in vitro* no es persona jurídica en nuestro ordenamiento normativo.

En atención a ello, si bien resultaba más clara la redacción original del art. 19 en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, de lo investigado resulta que para el derecho argentino vigente el embrión *in vitro* no es persona a los efectos civiles. Ahora bien, se encuentra pendiente la regulación de la protección especial que merece el embrión y el destino de los embriones supernumerarios, a los efectos de brindar seguri-

dad jurídica a las partes y evitar que las personas se sientan obligadas a transferir embriones cuando no desean tener un hijo, que las personas carguen con los costos de la crio conservación por años sin tener otra opción legal, o que los embriones sean abandonados, trasladando el problema a las instituciones de salud.

Cuando tratamos estos temas tan complejos, es claro que resulta esencial establecer límites a la ciencia a fin de respetar la dignidad humana, pero es importante que esas delimitaciones se hagan desde una mirada plural y objetiva, que abracen a los distintos tipos de familias que existen en la actualidad y a las necesidades de cada uno de sus miembros, dejando de lado la inferencia de juicios religiosos, así como de todo prejuicio que pueda contaminar nuestro ordenamiento. Las personas religiosas, sin duda, tienen el derecho de optar por seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, pero esto no implica que obliguen a otros ciudadanos de su país a regirse por tales mandatos. No se debe imponer el dogma religioso en la legislación de un país secular, como es el caso de nuestro.

En relación a la figura de la gestación por sustitución, aunque jurisprudencialmente se viene emparchando la falta de regulación, se producen vulneraciones a los derechos de los niños que nacen por GS. Asimismo, al no existir leyes que pongan freno y marquen las pautas para la práctica aceptable de la gestación por sustitución, dejamos expuestas a aquellas mujeres vulnerables que pueden caer en la explotación de personas; además, la falta de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la GS, favorece al llamado “turismo reproductivo”. Una medida para frenar este negocio es justamente establecer normas que permitan al estado controlar la realización de estas técnicas y asegurarse que las mismas se realicen de forma libre y respondiendo a fines altruistas, con total entendimiento de sus derechos.

Si prohibimos, vulneramos los derechos humanos de aquellas personas que quieren formar una familia. Derechos humanos amparados por nuestro bloque constitucional.

Si en vez de regular, callamos: desprotegemos. Tendría más sentido utilizar las objeciones que nos presentan las TRHA de manera positiva a través de una regulación clara que nos permita limitar los efectos que como sociedad democrática no estamos dispuestos a soportar. De nada sirve preocuparnos, si no hacemos nada al respecto. Regular es crear una herramienta para controlar que la GS se haga sin vulnerar los derechos de ninguna de sus partes. Consideramos que, en el contexto actual de nuestro país, resulta conveniente regular la gestación por sustitución de tipo gestacional y no comercial, con intervención judicial previa al procedimiento médico que homologue el acuerdo entre las partes y controle que la gestante presta su consentimiento de forma libre e informada. Debe respetarse la capacidad de autodeterminación de las partes involucradas dando al juez la función de contralor de requisitos y la homologación del acuerdo al que arribaran los comitentes con la gestante. Compartimos el criterio que establece como requisito verificar que la gestante no se haya sometido a gestación por sustitución más de dos veces; y la obligación respecto a corroborar el lazo afectivo para evitar la GS comercial.

Ahora bien, no compartimos que la legislación exija el requisito de haber tenido un hijo previo, por cuanto sostenemos que las mujeres pueden decidir llevar un embarazo para otras personas aun cuando no quieran tener un hijo propio. Negar esta libertad resulta una postura paternalista inadmisible. Adherimos a la postura que pretende establecer como requisito a los requirentes o comitentes la imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual. Nada obsta que, en un futuro cercano, existiendo mayores herramientas para combatir la explotación de vientres y habiendo madurado nuestra sociedad en relación con la materia, el proceso no pueda ser simplificado.

Con respecto al art. 562, si bien al acudir a nuestro ordenamiento jurídico de manera sistemática encontramos el reconocimiento de la GS, se observa que - sobre todo en un contexto como el actual, en el que estamos iniciando un camino diferente en el que existen dudas y opiniones encontradas - es conveniente contar con normas claras que no requieran de una interpretación forzada y por ende es necesaria la modificación del mencionado artículo.

En relación con al Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) en la actualidad en nuestro país se realiza la técnica, pero no está cubierta por las obras sociales y empresas de medicina prepaga. Por ello, solo tienen acceso a esta técnica médica las personas que tienen recursos económicos para costear el procedimiento. Esta situación produce una fuerte violación al principio de igualdad, ya que solo las personas adineradas pueden acudir a este estudio que ayuda a prevenir abortos espontáneos y la transmisión de graves enfermedades a su descendencia, mientras que los grupos vulnerables deben aceptar pasar por este sufrimiento por el solo hecho de no contar con el capital para afrontar el gasto. Por ello, el DGP debe ser incluido en el PMO (piso mínimo obligatorio) de las obras sociales y de medicina prepaga. Las ciencias médicas evolucionan de la mano de las necesidades de la humanidad, es importante legislar de manera inclusiva y respetuosa de los derechos humanos, promoviendo una sociedad más igualitaria, más democrática y sobre todo más justa.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alkorta Idiakez, I. (2015). La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo. Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj.
- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas, Decreto 191/2011.
- Armijo Suárez, O. (2015) Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los pre embriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actualAño LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj.
- Azpiri, Jorge O. En Bueres, Alberto J. (director), Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 396.
- Basset, U. (2015). Glosa al Art. 558. En Alterini, Jorge (Dir.). Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Tomo III. Ed. La Ley
- Basset, U. (2012) Filiación: consideraciones generales. [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/filiacion-consideraciones-generales-basset.pdf>
- Benavente Moreda P. - Farnós Amorós E. (2015) Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actualAño LXIX. BMJ núm. 2179. Madrid-Barcelona, 28 de mayo de 2015. - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj.
- Bergel, S. D.; Flah, L. R.; Herrera, M.; Lamm, E.; Wierzba, S. (2015). Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. Kemelmajer de Carlucci, Aida (prol.). 1^a Edicion. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. 436p.
- Bladilo, A.; De la Torre, N.; Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Revista IUS, 11(39) Recuperado en 26 de <http://www.scielo.org.mx>
- Blasi, G. F. (2009) ¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario, in Persona, derecho y libertad, Perú: Motivensa, 1/1/2009, pp. 95-120.
- Bonzano, M. A. (2016) Filiación en Manual de Derecho de las Familias según el Código civil y Comercial de la Nación/ Lloveras Nora. Córdoba Jurídica Mediterránea, 2016
- Borillo, D. A. (2014) “La contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación” en Kemelmacher de Carlucci, Aida, Daniel A. y Flores Rodríguez, Jesús, Nuevos desafíos del derecho de familia, Rubinzal – Culzoni.

Bracaccini, F. (2016), El derecho a la autonomía personal: las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional en Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina / Roberto Gargarella. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016.

Brunel, T. F.; Huais, M. V.; Tissera Costamagna, R. y Vilela Bonomi, M. V. (2015) Pluriparentalidad, Filiación e identidad en el CCYC. Comisión N° 6, Familia: "Identidad y filiación". Bahía Blanca, 2015

Caballero, C. E. – Defant, S. Técnicas de reproducción humana asistida ¿legislar o interpretar? Ponencia. Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia.

Calvo, L.; Yael, G. (2013) Homoparentalidad: Explorando el Reconocimiento Social y los Derechos de los Homosexuales en la Ciudad de San Luis, Argentina. Psicogente, 16 (29),118-131. [fecha de Consulta 30 de Julio de 2021]. ISSN: 0124-0137. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=497552362010>

Cárdenas E. J. La familia en el Proyecto del Código Civil ¿cómo evaluar sus novedades? [en línea].Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/la-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-como-evaluar-sus-novedades/>

CECTE. Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado. Disponible en: <http://www.cecete.gov.ar/>

Chía, E.A.; Contreras P. (2014). Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros ("fertilización in vitro") Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales vol.12 no.1 Santiago.

Código Civil de la Nación, Libro Primero, Sección Primera, Títulos I y II, Artículo 52.

Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "The right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)", Colectivo Derecho de Familia. Disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wpcontent/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC_Derechos-sexuales-y-Reproductivos-02-05-2016.pdf

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 ("El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos")

Conclusiones del XVII Congreso de Derecho de Familia, Mar del Plata Argentina, Año 2012.

Cook R. y Dickens B.M. "Some Ethical and Legal Issues in Assisted Reproductive Technology", International Journal of Gynecology and Obstetrics 55: 55-61, 56.G, 1999.

Corte I.D.H., febrero 24-2012. Caso: "Atala Riff y niñas vs. Chile". [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. P. 709. XXXVI. “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”. 5/3/02 Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/>.

Falótico, Y. (2020) La deuda del Poder Legislativo: el destino de los embriones. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 62 - 20.08.2020

Famá, M. V. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Lecciones y Ensayos, Nro. 90, ps. 171-195.

Farnós Amorós, E. (2015) La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj.

Frankerber, G. (2011). Teoría Crítica. Revista Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA año 9, nro. 17, p. 67.

Galli Fiant, M. (2020). La regla del doble vínculo filial puesta en crisis. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. 11 (sep. 2020), 211-225. DOI:<https://doi.org/10.14409/ne.v0i11.9597>.

Garay, O. E. (2005) Cuadernos de Bioética N°11, ed., 1°, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 66.

Geri, L. (2016). El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores degametos [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf>.

Gil Domínguez, A. (2015). Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución. Diario Familia y Sucesiones Nro 40 - Disponible en: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-2>.

Gil Domínguez, A.; Fama, M. V.; Herrera, M. (2006). Derecho Constitucional de familia. T. 2. Ediar. Buenos Aires.

González Magaña, I. (2016) El Diagnóstico Genético pre-implantacional en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿Existe justificación legal para la selección de embriones? DPI Diario Familia y Sucesiones Nro 69 – 06.05.2016

González, A.; Melón, P.; Notrica, F. P. (2016), La Gestación por Sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Id Infojus: DACF150426 – página infojus.gov.ar. <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciadadacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcancirtcod>

González, S.V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

Herrera M. (2017) Un proyecto de ley que pretende cerrar el círculo de la regulación de la reproducción asistida, Telam, 27/04/2017 OPINIÓN
<https://www.telam.com.ar/notas/201704/187052-reproduccion-asistida-proyecto-de-ley-regulacion-opinion.html>

Herrera M. Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil [en línea]. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil/>

Herrera, D.A. (2011) El estatuto de la persona humana como centro del actual debate justificatorio de los derechos fundamentales y sus consecuencias [en línea]. Vida y Ética. 12.2 (2011). Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estatuto-persona-humana-como-centro-debate.pdf> [Fecha de consulta: 01/08/2015]

Herrera, M. (2013) Sobre las Familias en Plural. Reformar para transformar. Revista Jurídica UACES.

Herrera, M. (2015). En Lorenzetti, Ricardo Luis (director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015 p. 474/476.

Herrera, M. (2015). En Lorenzetti, Ricardo Luis (director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 473.

Herrera, M. (2016) La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia. Revista de derecho de Familia N°73, Abelardo Perrot, marzo de 2016.

Herrera, M. y Lamm, E. (2013) Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. AÑO Ixxvii N° 140, ISSN 0024-1636 Cita on line: AR/DOC/2899/2013

Herrera, M.; Lamm, E. (2014). De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga L.L. 2014-D-594.

Herrera, M.; Lamm. E. (2014). Comentario al Art. 564, en Aida Kemelmajer De Carlucci (dir.), Marisa Herrera (dir.) y Nora Lloveras (dir.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo II, p. 575.

Herrera, M. Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia, nos responde la pregunta ¿qué es la voluntad procreacional". [en línea] Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/>

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas · Nueva York, 1995.

Introducción al Libro II. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Caramelo Gustavo; Picasso Sebastián; Herrera Marisa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, 640 p.; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-31-4

Ives Gandra Da Silva Martins (2005) Reflexiones sobre el comienzo de la existencia de la persona física. Un aporte desde el Derecho privado. Aspectos de Método*. El Derecho t. 186, págs. 1350 a 1358; y “Direito fundamental à vida”, Centro de Extensao Universitaria, Quertier Latin, San Pablo, Brasil, 2005.

http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/reflexiones_s_el_cmiezo_de_la_exist.pdf

Jáuregui, R. G. (2010) Embriones supernumerarios y Adopción. El derecho de Familia en Latinoamérica. Los Derechos Humanos en las Relaciones Familiares, Directoras: Nora Lloveras - Marisa Herrera. (Nuevo Enfoque jurídico, 2010). Disponible en: rodolfojauregui.blogspot.com.

Johnson, M. C. (2020) Las familias como copias. Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y desigualdades reproductivas Con X, núm. 6, Universidad Nacional de La Plata.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo introductorio en Tratado de derecho de familia, Rubinzel – Culzoni, Santa Fe, 2014 ps. 9 y ss.

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera M. y Lamm E. (2014) Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima, La Ley, Tomo La Ley 2014-F ISSN 0024-1636, Buenos Aires, Argentina - noviembre de 2014.

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M.; Lamm, E. (2012). Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disponible en <http://aldiaargentina.microjuris.com>

Krasnow, A. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina: aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. Revista de Bioética y Derecho, (37), 69-84. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16151>.

Krasnow, A. N. (2012), La filiación en el hoy y en el mañana, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, No 56, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 155-170. y Krasnow, A. N. (2015) La filiación y sus fuentes, Adriana Krasnow (directora), Tratado Derecho de Familia, La Ley, Buenos Aires, 2015. T.III, pp. 3-28.

Lafferrière, J. N. (2003) Cuestiones actuales de Bioética y Derecho en relación al tema del comienzo de la existencia de la persona [en línea]. Presentado en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, y Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/cuestiones-actuales-bioetica-derecho- lafferriere.pdf> [Fecha de consulta: 01/08/2015]

Lafferriere, J. N. (2014) Alquiler de Vientres: Estados Unidos y el laberinto de leyes sobre el tema. Disponible en <https://centrodebioetica.org/>.

Lamm, E, (2015) El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial. Disponible en: www.nuevocodigocivil.com.

Lamm, E. (2012) Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Revista InDret. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas N°24 Barcelona. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>

Lamm, E. (2013). Gestación por Sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Observatorio de Bioética y Derecho. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Disponible en:

http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Lamm, E. (2015). El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 – La Ley 20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

Lamm, E.; Rubaja, N. (2016) Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona. <https://doi.org/10.1344/rbd2016.37.16156>

Ley N°26862 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>.

Lloveras, N. (2016) Manual de Derecho de las Familias según el Código Civil y Comercial- 1^a ed. mejora-da. Córdoba: Jurídica Mediterránea.

Lloveras, N.; Salomón M. (2009) El derecho de familia desde la Constitución Nacional - 1^o ed. Buenos Aires: Universidad, 2009.

López Gálvez, J. J. - Moreno García, J.M. (2015). ¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual Año LXIX. BMJ núm. 2179. Junio 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjjusticia.es/bmj.

Luna F. (2008) dimensiones para la bioética: Antropología filosófica y bioética. Revista de Bioética y Derecho N°14, 2008, p 10.

Luna, F. (2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, 2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm ISBN 978-9968-917-80-3

Medina. G. (2013) Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. [en línea]. Disponible en: <http://www.graciamedina.com/lasgrandes-reformas-al-derecho-de-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-201/>

Melón, P. y Notrica, F. (2015) La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación XI Jornadas de Sociología. Facultad de

Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015. Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/437>.

Montaño, S. (1996) "Los derechos reproductivos de la Mujer". En: Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Nino, C. S. (2012) Ética y derechos Humanos, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Noelia S. Trupa, Leila M. Passerino (2014) Ciudadanías sexo-genéricas y corporalidades. Un análisis de las leyes de fertilización asistida y reparación mamaria. III Congreso Género y Sociedad. Voces, cuerpos y derechos en disputa24 al 26 de septiembre 2014 – UNC.

Notrica F., Melon P. y González A. (2016). La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Revista Digital Microjuris. Cita online: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/01/08/reflexiones-vinculadas-a-la-gestacion-por-sustitucion-y-su-necesidad-de-regulacion-a-traves-de-una-ley-especial/>, 1/08/2016.

Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. Casado, M. (Coord.). (2008). Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. Signo. Barcelona. Disponible en:

http://wwwpcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf.

Pérez, A. (2014) Pudo ser... ¿y no fue? El art. 19 y sus implicancias a la luz de los Derechos Humanos. Cita RC D 302/2014

Pérez, A.; Vázquez Acatto, M. (2014) Donación de gametos y derecho a formar una familia en parejas del mismo sexo. ¿Cómo entender el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida en clave de derechos humanos? Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1695/2014

Rabbi - Baldi Cabanillas, R. (2014) C.C.y C. N. Dir. Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord. Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

Rodríguez Iturburu, M. (2015) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad Reproducción 2015;30:143-160

Rojas, C. M. La participación política de las mujeres: un reto para la democracia. Revista de Servicio Civil No. 19 www.sercivil.go.cr)

Rothman B. K. (1989) Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society, Norton. New York, 1989.

Saba R. P. (2008) ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? Publicado en: Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Saba, R. P. (2007) ((Des) igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), El derecho a la Igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 7.

Saba, R. P. (2021) Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad, en Discriminación: piezas para armar / coordinadora Ana María Ibarra Olguín; ISBN: 978-607-552-178-7

Vaggione, J. M. y Mujica, J. (2013). A modo de introducción: algunos puntos de discusión en torno al activismo (religioso) conservador en América Latina” en Vaggione, J. M. y Mujica, J. (comps.) Conservadurismo, religión y política. Perspectivas de Investigación en América Latina, colección Religión Genero y Sexualidad, Ferreyra Editor, Córdoba 2013.

Vilar González, S. (2014) Situación actual de la gestación por sustitución. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014

Zago, J.A. y Cobas. M. O. (2003) Comienzo de la Existencia de la Persona Humana. Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas de Derecho Civil. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Cobas.htm>

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político.
- Convención de los derechos del Niño.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (Convención Belem Do Pará).

ANEXO

A continuación se presentan diferentes tablas comparativas de los distintos Proyectos de Ley analizados en relación a la GS en el Capítulo V, en cada uno de los aspectos estudiados.

Tabla 1: Denominación de la figura

Proyecto	Denominación
S-2574/15 Ley Montero	Gestación por sustitución
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	Gestación por sustitución
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	Gestación solidaria
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Gestación por sustitución
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	Gestación por sustitución
0630-D-2018 Ferreyra 2018	Gestación solidaria
1374-D-2018 Proyecto Wechsler	Gestación por sustitución
5141-D-2017 Rita Olga María	Gestación por sustitución
5422-D-2019 Gestación Solidaria	Gestación solidaria
5759-D-2016 Racch 2016	Gestación por sustitución
3524-D-2020	Gestación por sustitución

Tabla 2: Definición y objetivos

Proyecto	Definición y objetivos
S-2574/15 Ley Montero	<p>La gestación por sustitución es una forma de reproducción humana médicaamente 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. a. Garantizar el interés superior del niño que nace b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.</p>
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	<p>La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción médicaamente asistida por el que una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s. Regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas de la gestación por sustitución y su proceso judicial. Al evaluar la autorización, el juez debe asegurar que se garantice el pleno ejercicio de los derechos de todos los intervenientes. No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria. Al evaluar la autorización, los jueces deben asegurar que se garantice el interés superior del niño o niña que nace de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	<p>La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción médicaamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s comitente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "comitente/s". Regular la técnica de Gestación Solidaria en la República Argentina.</p>
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	<p>La gestación por sustitución es un procedimiento de reproducción humana médicaamente asistida a través del cual una persona, denominada "gestante" lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga únicamente vínculos de filiación con una persona o pareja, denominada "comitente/s" y sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante". Regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución. a) Garantizar el interés superior de los niños que nacen mediante esta técnica. b) Establecer normas que otorguen seguridad jurídica al procedimiento de gestación por sustitución y a todas las personas que intervienen en el proceso garantizando el pleno ejercicio de sus derechos.</p>

Proyecto	Definición y objetivos
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción humana médica-mente asistida a través del cual una persona, denominada "gestante" lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga únicamente vínculos de filiación con una persona o pare-ja, denominada "padres procreacionales" y sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante". a) Garantizar el interés superior de los niños que nacen mediante un procedimiento de gestación por sustitución. b) Establecer normas que otorguen seguridad jurídica al procedimiento de gestación por sustitución y a todas las personas que en él intervienen, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos. Se entiende por "padres procreacionales" a quienes tienen la voluntad procreacional, independientemente del aporte genético.</p>
0630-D-2018 Ferreira 2018	<p>La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción médica-mente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una/s persona/s , denominada/s "requiriente/s"; sin que se produzca vínculo filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "requiriente/s". Regular la técnica de Gestación Solidaria en la República Argentina.</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	<p>La gestación por sustitución es una forma de reproducción humana médica-mente 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. No podrán establecerse obstaculizaciones, restric-ciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. a. Garantizar el interés superior del niño o la niña que nace del procedimiento de gestación por sustitución. b. Proteger jurídicamente a todas las perso-nas que intervienen. c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.</p>
5141-D-2017 Rita Olga María	<p>La presente ley tiene por objeto la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción médica-mente asistida, así como la protección de los derechos de las partes partici-pantes y en especial el interés superior del niño o niña por nacer.La gestación por sustitución es una técnica de reproducción médica-mente asistida de alta complejidad en la cual una mujer, en adelante "gestante", lleva adelante la gestación en favor de una persona o pareja, en adelante el o los "requiriente/s", quienes tendrán el vínculo de filiación con la persona nacida al término del embarazo. No podrá excluirse ni cuestionar el acceso a la gestación por sustitución de carácter altruista a ninguna persona o pareja que lo requiera bajo pretexto de etnia; nacionalidad u origen nacional, en caso de demostrar haber residido por 5 años o más en Argentina; color de piel; lengua, idioma o variedad lingüística; convicciones religiosas o filosóficas; ideología; opinión política o gremial; sexo, género, identidad de género y/o su expresión; orientación sexual; estado civil; tra-bajo u ocupación; aspecto físico; discapacidad; condición de salud; características genéticas; situación socioeconómica o condición social.</p>

Proyecto	Definición y objetivos
5422-D-2019 Gestación Solidaria	La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una/s persona/s, denominada/s "requerente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "requerente/s". No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas "gestantes" o "requerentes". Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de la técnica de Gestación Solidaria.
5759-D-2016 Racch 2016	La presente ley regula la gestación por sustitución a los fines de: a) Garantizar el pleno ejercicio de los derechos y otorgar seguridad jurídica. b) Proteger a todos los sujetos intervenientes. c) Garantizar el interés superior del niño o niña que nace de un procedimiento de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médica asistida por medio del cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s con quien/es la gestante posee lazos afectivos. No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria.
3524-D-2020	No contempla

Tabla 3: Deberes de los Centros de Salud, cobertura

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
S-2574/15 Ley Montero	El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución. La transferencia o las transferencias embrionarias no pueden realizarse si ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la fecha de la autorización judicial.

Los/as profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de Gestación Solidaria. Ningún/a médico/a tratante realizará el procedimiento de Gestación Solidaria sino se hubiere suscripto el correspondiente Instrumento, conforme lo dispuesto en los artículos 8° y 9°. En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante por parte de instituciones públicas o privadas, el/a médico/a tratante y el personal de salud no discriminarán la condición de la "gestante", ni harán distinciones en su atención por este motivo. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos/as aquellos/as agentes que brinden servicios medico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestación obligatoria y a brindar a sus afiliados/as o beneficiarios/as, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir, gastos necesarios tales como ropa y/o transporte para la "gestante" y el procedimiento de la Gestación Solidaria. Al ser esta práctica una técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad, las cuales son reguladas por la Ley N° 26.862, queda incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), así como el diagnóstico, medicamento, gastos para cubrir necesidades de la "gestante" y terapias de apoyo que podrán requerir, con los criterios y modalidades de cobertura ya establecidos por su reglamentación.

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	<p>El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial de la gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. Modifíquese el art. 8 de la ley 26.862: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la gestación por sustitución de conformidad con la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los diagnósticos, los medicamentos, las terapias de apoyo y la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución, de conformidad con el párrafo anterior, no estará a cargo de la entidad o agente de salud encargada de la gestante. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria del o los comitentes, o de este o estos cuando no la tuvieran y no realizaran el procedimiento en el sector público. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”</p>

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>Los centros médicos que realicen el procedimiento de gestación por sustitución deben: a) Contar con autorización para funcionar, estar inscriptos en el registro único establecido en el art 4 de la ley Nº 26.862 y someterse al contralor de la autoridad de aplicación, conforme lo establezca la reglamentación; b) Antes de realizar un procedimiento de gestación por sustitución, verificar que se encuentren reunidos los requisitos establecidos en el capítulo II. c) Contar con un equipo multidisciplinario conformado por un abogado, un médico clínico, un médico ginecólogo especialista en fertilidad, un psicólogo y un trabajador social, que intervendrá de forma imprescindible en el procedimiento. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin que se haya formalizado el acuerdo al que refiere el art. 12, ni tampoco si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de dicho acuerdo. Los/as profesionales o personal de salud actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de gestación por sustitución. “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la gestación por sustitución de conformidad con la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los diagnósticos, los medicamentos, las terapias de apoyo y la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución, de conformidad con el párrafo anterior, no estará a cargo de la entidad o agente de salud encargada de la gestante. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria de los padres procreacionales, o de este o estos cuando no la tuvieran y no realizaran el procedimiento en el sector público. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”</p>

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
0630-D-2018 Ferreyra 2018	<p>La técnica de Gestación Solidaria solo puede practicarse en los establecimientos de salud habilitados para realizar técnicas de reproducción médica asistida e inscriptos como tales en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES). El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos/as aquellos/as agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestación obligatoria y a brindar a sus afiliados/as o beneficiarios/as, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir, gastos necesarios tales como ropa y/o transporte para la "gestante" y el procedimiento de la Gestación Solidaria. Al ser esta práctica una técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad, las cuales son reguladas por la Ley N° 26.862, queda incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), así como el diagnóstico, medicamento, gastos para cubrir necesidades de la "gestante" y terapias de apoyo que podrán requerir, con los criterios y modalidades de cobertura ya establecidos por su reglamentación. Los/as profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de Gestación Solidaria. Ningún/a médico/a tratante realizará el procedimiento de Gestación Solidaria si no se hubiere suscripto el correspondiente Instrumento, conforme lo dispuesto en los artículos 8° y 9°. En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante por parte de instituciones públicas o privadas, el/a médico/a tratante y el personal de salud no discriminarán la condición de la "gestante", ni harán distinciones en su atención por este motivo.</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	<p>El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.</p>

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
5141-D-2017 Rita Olga María	<p>Modificación del Artículo 8º de la Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médica asistida: El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA) incluyendo la gestación por sustitución de carácter altruista en los términos de la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro".</p> <p>La técnica de Gestación Solidaria solo puede practicarse en los establecimientos de salud habilitados para realizar técnicas de reproducción médica asistida e inscriptos como tales en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES). El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos/as aquellos/as agentes que brinden servicios medico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestación obligatoria y a brindar a sus afiliados/as o beneficiarios/as, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir, gastos necesarios tales como ropa y/o transporte para la "gestante" y el procedimiento de la Gestación Solidaria. Al ser esta práctica una técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad, las cuales son reguladas por la Ley N° 26.862, queda incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), así como el diagnóstico, medicamento, gastos para cubrir necesidades de la "gestante" y terapias de apoyo que podrán requerir, con los criterios y modalidades de cobertura ya establecidos por su reglamentación. Los/as profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de Gestación Solidaria. Ningún/a médico/a tratante realizará el procedimiento de Gestación Solidaria si no se hubiere suscripto el correspondiente Instrumento, conforme lo dispuesto en los artículos 8º y 9º. En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante por parte de instituciones públicas o privadas, el/a médico/a tratante y el personal de salud no discriminarán la condición de la "gestante", ni harán distinciones en su atención por este motivo.</p>
5422-D-2019 Gestación Solidaria	

Proyecto	Deberes de los centros de salud, cobertura
5759-D-2016 Racch 2016	<p>El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución. La transferencia o las transferencias embrionarias no pueden realizarse si ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la fecha de la autorización judicial. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), incluida la gestación por sustitución de conformidad con la ley que la regula; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los diagnósticos, los medicamentos, las terapias de apoyo y la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución, de conformidad con el párrafo anterior, no estará a cargo de la entidad o agente de salud encargada de la gestante. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades o agentes encargados de la cobertura social o sanitaria del o los comitentes, o de este o estos cuando no la tuvieran y no realizaran el procedimiento en el sector público. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.</p>
3524-D-2020	<p>El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. En los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la persona gestante debe prestar el consentimiento previo, informado y libre de conformidad con la ley 26.529 por someterse a una práctica médica”.</p>

Tabla 4: Requisitos de la gestante

Proyecto	Requisitos de la gestante
S-2574/15 Ley Montero	No aportar sus gametas. a. Tener buena salud física y psíquica; b. No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; c. Haber dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	No puede aportar sus gametos. 1. Tener plena capacidad civil. 2. Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862. 3. No aportar sus gametos. 4. No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces. 5. Dos (2) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país. 6. Contar con evaluación psicosocial previa.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria. b. Poseer plena capacidad. c. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimiten la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta. d. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre. e. No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto. f. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria. El/la profesional médico interviniendo debe informar a la "gestante" los alcances y consecuencias de la decisión que está adoptando, en un marco de privacidad y confidencialidad. La explicación debe ser clara, dando lugar a que se realicen todas las preguntas que la persona estime necesarias. El/la profesional interviniendo debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado la información mencionada, prestando conformidad la "gestante". "La gestante" no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Gestante y comitente/s deben ser plenamente capaces. Gestante y comitente/s deben prestar su consentimiento previo, informado y libre conforme lo establece el artículo 560 del Código Civil y Comercial. Gestante y comitente/s deberán acreditar tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país. Gestante y comitente/s deberán contar con asesoramiento médico - legal sobre el alcance y efectos de la gestación por sustitución y evaluación psicosocial previa, según establezca la autoridad de aplicación. a) No aportar sus gametos; b) Tener un buen estado de salud física y psíquica, conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación. c) Estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución. d) Haber dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. e) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces. f) Tener hasta 40 años de edad.

Proyecto	Requisitos de la gestante
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>La “gestante” y los “padres procreacionales” deben tener plena capacidad civil. La “gestante” y los “padres procreacionales” deben prestar su consentimiento previo, informado y libre conforme lo establece el artículo 560 del Código Civil y Comercial. La “gestante” y por lo menos uno de los “padres procreacionales” deberán acreditar tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. La “gestante” y los “padres procreacionales” deberán contar con asesoramiento médico - legal independiente sobre el alcance y efectos de la gestación por sustitución y evaluación psicosocial previa, conforme lo establezca la reglamentación. Requisitos de la gestante.a) No aportar sus gametos; b) Tener un buen estado de salud física y psíquica, conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación; c) Estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; d) Haber dado a luz y tener, al menos, UN (1) hijo propio; e) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces; f) Tener hasta 40 años de edad.</p>
0630-D-2018 Ferreyra 2018	<p>Tiene derecho a acceder a la técnica de Gestación Solidaria, toda persona mayor de edad, en forma individual o conjunta que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en "la gestante". a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria. b. Poseer plena capacidad. c. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimiten la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta. d. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre. e. No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto. f. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria. El/la profesional médico interviniente debe informar a la "gestante" los alcances y consecuencias de la decisión que está adoptando, en un marco de privacidad y confidencialidad. La explicación debe ser clara, dando lugar a que se realicen todas las preguntas que la persona estime necesarias. El/la profesional interviniente debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado la información mencionada, prestando conformidad la "gestante".</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	<p>La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos: a. Tener buena salud física y psíquica; b. No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; c. Haber dado a luz, al menos, un (1) hijo/a propio/a.</p>
5141-D-2017 Rita Olga María	<p>a) Tener más de 21 años de edad y tener 5 años de residencia interrumpida en la República Argentina o ser de nacionalidad argentina o naturalizada en el país. b) Poseer plena capacidad civil. c) Someterse a los exámenes psico-físicos establecidos por la Autoridad de Aplicación así como comprometerse a un seguimiento con terapia de apoyo psicológico y emocional durante todo el proceso, con la opción de continuarlo luego del nacimiento. d) Contar con asistencia legal propia. e) Haber dado a luz y tener al menos 1 (uno) hijo propio. f) No aportar sus gametos. g) Asesorarse legal, médica y psicológicamente sobre los efectos que el proceso de gestación supone, y haber sido informada de manera clara y completa sobre las condiciones del acuerdo así como sobre posibles consecuencias físicas que experimentará. Deberá dejarse registro en el centro de Salud de este proceso.</p>

Proyecto	Requisitos de la gestante
5422-D-2019 Gestación Solidaria	<p>a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria. b. Poseer plena capacidad. c. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimita la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta. d. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre. e. No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto. f. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria. El/la profesional médico interviniendo debe informar a la "gestante" los alcances y consecuencias de la decisión que está adoptando, en un marco de privacidad y confidencialidad. La explicación debe ser clara, dando lugar a que se realicen todas las preguntas que la persona estime necesarias. El/la profesional interviniendo debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado la información mencionada, prestando conformidad la "gestante".</p>
5759-D-2016 Racch 2016	<p>La pretensa gestante debe reunir los siguientes requisitos: a) Tener plena capacidad civil. b) Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862. c) No aportar sus gametos. d) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces. e) Haber dado a luz y tener un (1) hijo propio. f) Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. g) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.</p>
3524-D-2020	<p>La persona gestante y el o los pretensos progenitores: tener plena capacidad civil; acreditar aptitud física; tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial. b) La persona gestante: no aportar sus gametos; no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862; haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.</p>

Tabla 5: Obligaciones de la gestante

Proyecto	Obligaciones de la gestante
S-2574/15 Ley Montero	No contempla
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	No contempla
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	<p>a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten el/la/los/as "comitente/s". b. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. c. Conservar el anonimato del/la/los/as "comitente/s", sí así lo desearan éste/a/os/as y lo expresaran en el instrumento de Gestación Solidaria. d. Concluir al momento del nacimiento, su contacto con el niño/a nacido/a y la parte "comitente", salvo que el/la/los/as "comitente/s" y la "gestante" convinieran lo contrario.</p>
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Las personas intervinientes deben cumplir con las obligaciones pactadas en el Acuerdo de Gestación por Sustitución. La persona gestante deberá llevar adelante el embarazo con la diligencia apropiada que requiere aplicar los mejores esfuerzos para lograr el resultado deseado, independientemente de su éxito
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten el/la/los/as "requerente/s". b. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. c. Conservar el anonimato del/la/los/as "requerente/s", sí así lo desearan éste/a/os/as y lo expresaran en el instrumento de Gestación Solidaria. d. Concluir al momento del nacimiento, su contacto con el niño/a nacido/a y la parte "requerente", salvo que el/la/los/as "requerente/s" y la persona "gestante" convinieran lo contrario. La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante. "La gestante" no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	No contempla
5141-D-2017 Rita María Olga	<p>a) Brindar consentimiento informado y explícito de su voluntad de ser la "gestante" mediante un Instrumento legal que sólo tendrá validez luego de acreditar que cumple con los requisitos del artículo 8º de la presente ley y se compromete por las obligaciones de los incisos siguientes del presente artículo en los términos que lo requiera la Autoridad de Aplicación. b) Seguir las indicaciones médicas brindadas por los profesionales de la salud así como realizarse todos los controles prenatales y estudios que sean necesarios. c) Continuar un tratamiento de terapia de apoyo psicológico y emocional durante todo el proceso de gestación, con la opción de continuarlo luego del nacimiento. d) Luego del nacimiento, reconocer el vínculo filial de la persona nacida con los/las "requerente/s". e) Luego del nacimiento, cortar todo vínculo con la persona nacida, a menos que las partes decidan de común acuerdo lo contrario. f) Inscribirse en un Registro de Personas "Gestantes" que será confeccionado por la Autoridad de Aplicación en total confidencialidad.</p>

Proyecto	Obligaciones de la gestante
5422-D-2019 Gestación Solidaria	<p>a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten el/la/los/as "requirente/s". b. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.</p> <p>c. Conservar el anonimato del/la/los/as "requirente/s", sí así lo desearan éste/a/os/as y lo expresaran en el instrumento de Gestación Solidaria.</p> <p>d. Concluir al momento del nacimiento, su contacto con el niño/a nacido/a y la parte "requirente", salvo que el/la/os/as "requirente/s" y la persona "gestante" convinieran lo contrario. "La gestante" no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.</p>
5759-D-2016 Racch 2016	No contempla
3524-D-2020	No contempla

Tabla 6: Derechos de la gestante

Proyecto	Derechos de la gestante
S-2574/15 Ley Montero	No se consideran en el acuerdo de gestación cláusulas que afectan los derechos personalísimos de la gestante. Contempla la interrupción del embarazo por causa establecida en el código.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	La gestación por sustitución no restringe los derechos personalísimos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	Principio de igualdad y no discriminación. No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas "gestantes" o "comitentes". Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de la técnica de Gestación Solidaria. Durante las primeras catorce (14) semanas cumplidas de gestación, el/la/los/as "comitente/s", podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la "gestante". Si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1º del Código Penal de la Nación.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación a la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la /el comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución no podrán limitar de modo alguno los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, caso contrario se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación a la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la persona gestante y/o de los "padres procreacionales". Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución no podrán limitar de modo alguno los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, caso contrario se tienen por no escritas. Si durante la gestación existiera peligro cierto para la vida o la salud de la gestante, certificado médica mente, y este peligro no puede ser evitado por otros medios, la gestante puede optar libremente por interrumpir el embarazo.
0630-D-2018 Ferreyra 2018	Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo. Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1º del Código Penal de la Nación.

Proyecto	Derechos de la gestante
1374-D-2018 Pro Wechsler	Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción legal del embarazo autorizadas por el Código Penal de la Nación, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la legislación vigente.
5141-D-2017 Rita Olga María	a) El consentimiento brindado en el marco de una gestación por sustitución de ninguna manera significa una renuncia a los derechos de la persona a decidir sobre su propio cuerpo, a su libertad personal, autonomía y privacidad. En caso de producirse durante la gestación alguna de las causales de interrupción del embarazo contempladas en el Código Penal, la gestante puede optar libremente por alguna de las alternativas previstas por la ley. b) El consentimiento es revocable hasta el momento de producirse la implantación del embrión en la "gestante".
5422-D-2019 Gestación Solidaria	Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo. Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la "gestante", ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 86 inciso 1º del Código Penal de la Nación.
5759-D-2016 Racch 2016	La gestación por sustitución no restringe los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía. Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en la ley.
3524-D-2020	No contempla.

Tabla 7: Requisitos de los comitentes

Proyecto	Requisitos de los comitentes
S-2574/15 Ley Montero	Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no. a. Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. b. La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño por nacer. c. La persona o una de las personas comitentes deben tener 3 años de residencia ininterrumpida en el país.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. 1. Tener plena capacidad civil. 2. El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. 3. Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. 4. Tener un plazo mínimo de dos (2) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país. 5. Contar con el debido asesoramiento legal para entender las potenciales consecuencias legales del acuerdo. El asesoramiento legal no puede ser otorgado por la misma persona que lo otorgue a la gestante. 6. Contar con evaluación psicosocial previa. 7. Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	a. Ser mayores de edad. b. Poseer plena capacidad. c. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Gestación Solidaria. Tiene derecho a acceder a la técnica de Gestación Solidaria, toda persona mayor de edad, en forma individual o en pareja que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en "la gestante". La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Puede ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla los siguientes requisitos: a) Tener imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual. b) El/los comitentes deben aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	Pueden ser "padres procreacionales" una persona sola o una pareja, casada o no, a) Tener imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual; b) Deben aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos;
0630-D-2018 Ferreyra 2018	a. Ser mayores de edad. b. Poseer plena capacidad. c. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Gestación Solidaria.

Proyecto	Requisitos de los comitentes
1374-D-2018 Pro Wechsler	Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos: a. Al menos uno/a de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. b. La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño o niña por nacer. c. La persona o una de las personas comitentes deben tener tres (3) años de residencia ininterrumpida en el país.
5141-D-2017 Rita Olga María	a) Ser mayores de 21 años y de Nacionalidad argentina, naturalizados argentinos o con 5 años ininterrumpidas de residencia en el país. b) Poseer plena capacidad civil. c) Contar con un certificado expedido por profesionales competentes e independientes que acredite la realización de una evaluación psicosocial. d) No tener antecedentes penales relacionados con delitos a la integridad sexual ni por violencia de género. e) Requerir formalmente en los centros de Salud correspondientes la realización de esta técnica de reproducción médica asistida y contar con su autorización justificada por razones de salud, o por imposibilidad por sexo, género, identidad de género u orientación sexual de gestar un hijo.
5422-D-2019 Gestación Solidaria	Tiene derecho a acceder a la técnica de Gestación Solidaria, toda persona mayor de edad, en forma individual o conjunta que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en "la gestante". a. Ser mayores de edad. b. Poseer plena capacidad. c. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de Gestación Solidaria. La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante.
5759-D-2016 Racch 2016	Puede ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla con los siguientes requisitos: a) Tener plena capacidad civil. b) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. c) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. d) Tener un plazo mínimo de cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. e) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa. f) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.
3524-D-2020	El o los pretensos progenitores: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y el deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la ley 26.862. Esta compensación económica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862.

Tabla 8: Obligaciones de los comitentes

Proyecto	Obligaciones de los comitentes
S-2574/15 Ley Montero	No contempla.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	No contempla.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	1. La persona o pareja "comitente" se obliga a recibir al/el niño o niña inmediatamente después de su nacimiento. 2. Debe/n proceder a la inscripción del hijo/a conforme lo establecido en el artículo 13 de la presente ley. 3. Conservar el anonimato de la persona gestante, si así lo desea la misma.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Las personas intervenientes deben cumplir con las obligaciones pactadas en el Acuerdo de Gestación por Sustitución. El/los comitente/s deberá/n Contratar un seguro de vida en favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	No contempla.
0630-D-2018 Ferreyra 2018	1. Obligarse a recibir al/el niño o niña inmediatamente después de su nacimiento. 2. Proceder a la inscripción del hijo/a conforme lo establecido en el artículo 13 de la presente ley. 3. Conservar el anonimato de la persona gestante, si así lo desea la misma.
1374-D-2018 Pro Wechsler	No contempla.
5141-D-2017 Rita María Olga	a) Brindar consentimiento informado y explícito de su voluntad de llevar a cabo la gestación por sustitución mediante un Instrumento legal que sólo tendrá validez luego de acreditar el cumplimiento con los requisitos del artículo 8º de la presente ley y se compromete por las obligaciones de los incisos siguientes del presente artículo en los términos que lo requiera la Autoridad de Aplicación. b) Recibir al/a la niño o niña inmediatamente después de su nacimiento. c) Inscribir al/a la niño o niña en el Registro Civil. d) Dejar asentado su compromiso de recibir y cuidar al/a la niño o niña por nacer en las mismas condiciones si existiere algún defecto de nacimiento o condición de salud en el momento de nacer. e) Respetar la autonomía y libertad individual de la "gestante" durante el proceso.
5422-D-2019 Gestación Solidaria	1. Obligarse a recibir al/el niño o niña inmediatamente después de su nacimiento. 2. Proceder a la inscripción del hijo/a conforme lo establecido en el artículo 13 de la presente ley. 3. Conservar el anonimato de la persona gestante, si así lo desea la misma.
5759-D-2016 Racch 2016	No contempla.
3524-D-2020	Este proyecto tiene como antecedente dos proyectos presentados con anterioridad, el proyecto 5759-D-2016 y el 0084-D-2018.

Tabla 9: Formalidad del acuerdo

Proyecto	Formalidad del acuerdo
S-2574/15 Ley Montero	Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines. Dictamen de equipo multidisciplinario del poder judicial.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	Toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias que se dicten a estos fines. Dictamen de equipo multidisciplinario.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	El Instrumento de Gestación Solidaria deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: 1. Ser suscripto por la "gestante" y el/la/los/as "comitente/s", estampando su nombre y firma en el mismo. Los derechos que emanan de este Instrumento son personalísimos, por lo cual no resulta válida la representación legal para su firma. 2. Se debe dejar constancia del consentimiento informado de las partes mencionadas en el punto anterior. 3. Debe quedar asentado el lugar y fecha de su otorgamiento. 4. Sus cláusulas deben asegurar el bienestar integral de la persona gestante. Voluntad. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de Gestación Solidaria debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. En caso de matrimonio o de pareja de hecho, los/as cónyuges o miembros de la pareja de hecho, de mutuo consentimiento podrán acordar en el Instrumento la filiación a favor del/la que no se constituyó como parte al inicio del procedimiento, en cualquier etapa de la gestación hasta antes del nacimiento.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	Acuerdo de gestación por sustitución. Es el instrumento por medio del cual la gestante acuerda con el/los comitente/s gestar un embrión con el fin de que la persona que nazca tenga vínculos jurídicos de filiación con el/los comitente/s, y en el que se establecen las obligaciones de las partes. Toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones de la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines. Las personas, gestante y comitente/s conjuntamente, deben peticionar al Juez con competencia en Familia, que autorice el procedimiento, manifestando expresamente que consienten el vínculo jurídico de filiación que se establecerá entre el o los comitentes y la persona nacida como consecuencia del procedimiento de gestación por sustitución y que la gestante no tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz. Dictamen de un equipo multidisciplinario.

Proyecto	Formalidad del acuerdo
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>Acuerdo de gestación por sustitución. Es el documento legal por medio del cual la gestante y los padres procreacionales convienen llevar a cabo el procedimiento de gestación por sustitución con el centro médico autorizado, manifestando expresamente que consienten el vínculo jurídico de filiación que se establece entre los padres procreacionales y la persona nacida como consecuencia del procedimiento de gestación por sustitución, y que la gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestará y dará a luz. El acuerdo deberá contar con la siguientes formalidades y requisitos: a) Ser formalizado ante el centro médico autorizado y posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. b) Ser suscripto en forma personal por la gestante y los padres procreacionales, estampando su nombre y firma en el mismo; c) Dejar constancia que se ha recabado el consentimiento previo, informado y libre de la gestante y los padres procreacionales; d) Contener lugar y fecha de otorgamiento; e) Dejar constancia que se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el capítulo II de la presente ley y que se ha acompañado la documentación que lo acredita. f) Asegurar el bienestar integral de la gestante, para lo cual los padres procreacionales deberán contratar un seguro de vida en favor de la misma que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y brindar cobertura médica asistencial en favor de la gestante durante todo el procedimiento de gestación por sustitución y hasta 12 meses posteriores al parto.</p>
0630-D-2018 Ferreyra 2018	<p>Documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona "gestante" y la/s persona/s "requerente/s" acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria. El instrumento se debe formalizar con el Centro Médico autorizado y deberá ser posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción. Este instrumento formaliza el consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a la técnica de Gestación Solidaria, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente</p> <p>El consentimiento que presten las personas "requerentes" debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. 1. Ser suscripto por la persona "gestante" y la/s persona/s "requerente/s", estampando su nombre y firma en el mismo. 2. Se debe dejar constancia del consentimiento informado de las partes mencionadas en el punto anterior. 3. Debe quedar asentado el lugar y fecha de su otorgamiento. 4. Sus cláusulas deben asegurar el bienestar integral de la persona gestante. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de Gestación Solidaria debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	<p>Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines. Las partes interviniéntes en el acuerdo de gestación por sustitución deben peticionar al juez que autorice la técnica. El equipo interdisciplinario existente en el ámbito del poder judicial local, o el que se cree a los efectos de esta ley, debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.</p>

Proyecto	Formalidad del acuerdo
5141-D-2017 Rita Olga María	El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá confeccionarse entre las partes y para su validez tendrán que acreditarse previamente, en los términos que requiera la Autoridad de Aplicación. El Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución deberá ser confeccionado por el Centro Médico Autorizado por la Autoridad de Aplicación junto a los representantes legales diferenciados de la persona "gestante" por un lado, y la/s persona/s "requiriente/s" por otro, y deberá protocolizarse ante un escribano público. Deberá constatar la voluntad informada y explícita de las partes participantes y tener como prioridad el bienestar integral de la persona "gestante" así como el interés superior del niño o niña por nacer.
5422-D-2019 Gestación Solidaria	Instrumento de Gestación Solidaria. Es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona "gestante" y la/s persona/s "requiriente/s" acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria. El instrumento se debe formalizar con el Centro Médico autorizado y deberá ser posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción. Este instrumento formaliza el consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a la técnica de Gestación Solidaria, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente. El consentimiento que presten las personas "requirientes" debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de Gestación Solidaria debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.
5759-D-2016 Racch 2016	Toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias que se dicten a estos fines. La gestante y el o los comitentes deben intervenir con su respectiva asistencia letrada. El juez debe contar con un dictamen favorable de un equipo multidisciplinario para autorizar el procedimiento solicitado.
3524-D-2020	"Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. El consentimiento previo, informado y libre que debe prestar la gestante de conformidad con la ley 26.529 no debe ser protocolizado ni certificado ante la autoridad sanitaria por no ser causa fuente de filiación. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Tabla 10: Tratamiento del Art 562

Proyecto	Tratamiento del Art 562
S-2574/15 Ley Montero	<p>La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución. La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. En ningún caso, el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	<p>Autorizado el procedimiento de gestación por sustitución, la resolución judicial declarará que la filiación de la persona que nazca como consecuencia de la técnica queda determinada con el o los comitentes. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial. Es inadmisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución cuando haya mediado autorización judicial previa, con independencia de quien haya aportado los gametos. Son inadmisibles el reconocimiento y el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éstos. En ningún caso, el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	<p>Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscriptos/as como hijos/as de la/s "comitente/s". La/s persona/s "comitente/s" no podrán impugnar la maternidad o paternidad, a menos que no hubieren prestado su consentimiento informado. Si la persona "comitente" es casada y su cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado no regirá la presunción de filiación por matrimonio. En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la persona "gestante" o del/la o los/as "comitentes", será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de Gestación Solidaria, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del/la niño/a. La persona donante de gametos o embriones no podrá en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre las personas nacidas de los gametos o embriones por el/ella donados. Las personas nacidas de gametos o embriones donados no podrán reclamar a la persona donante derechos vinculados a la filiación.</p>
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	<p>Autorizada la gestación por sustitución, el juez emitirá una resolución judicial declarando que la filiación quedará establecida entre la persona nacida y la o los comitentes. No podrá impugnarse la filiación del niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución cuando ha mediado autorización judicial. - Efectos de la falta de autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. En ningún caso, el acta o el certificado de nacimiento puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>

Proyecto	Tratamiento del Art 562
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>La filiación quedará establecida entre la persona nacida y los padres procreacionales. No podrá impugnarse la filiación del niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución cuando ha mediado el acuerdo a que refiere el art. 12 de esta ley, con las formalidades allí prescriptas. Si se carece de acuerdo previo, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. Las personas nacidas por el procedimiento de gestación por sustitución realizado conforme a las disposiciones de esta ley serán inscriptos como hijos de los padres procreacionales. Los acuerdos suscriptos por las partes con el centro médico habilitado y el consentimiento previo, informado y libre debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. En todos los casos en que la gestación por sustitución ha sido realizada conforme a las previsiones de esta ley, el certificado y acta de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con los padres procreacionales, sin dejar constancia del nombre de la gestante. En ningún caso, el acta o el certificado de nacimiento puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>
0630-D-2018 Ferreira 2018	<p>En el caso de personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria, la presunción de maternidad prevista en el artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento suscripto por las partes con el Centro Médico habilitado. Asimismo, y a los fines de la Gestación Solidaria, prevalece siempre la voluntad del/la o los/as "requerente/s" . Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona "gestante". Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscriptos/as como hijos/as de la/s "requerente/s". La/s persona/s "requerente/s" no podrán impugnar la maternidad o paternidad, a menos que no hubieren prestado su consentimiento informado. Si la persona "requerente" es casada y su cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado no regirá la presunción de filiación por matrimonio. La persona donante de gametos o embriones no podrá en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre las personas nacidas de los gametos o embriones por él/ella donados. Las personas nacidas de gametos o embriones donados no podrán reclamar a la persona donante derechos vinculados a la filiación. No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas "gestantes" o "requerentes". Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de la técnica de Gestación Solidaria.</p>

Proyecto	Tratamiento del Art 562
1374-D-2018 Pro Wechsler	<p>La parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que nazca como consecuencia de la técnica. La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución. La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante. En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño o la niña ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño o la niña permanezca con la parte comitente. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.</p>
5141-D-2017 Rita Olga María	<p>La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, por voluntad procreacional o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, o por voluntad procreacional surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación."Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quienes hayan prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".</p>
5422-D-2019 Gestación Solidaria	<p>En el caso de personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria, la presunción de maternidad prevista en el artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento suscripto por las partes con el Centro Médico habilitado. Asimismo, y a los fines de la Gestación Solidaria, prevalece siempre la voluntad del/la o los/as "requerente/s". Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona "gestante". Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscriptos/as como hijos/as de la/s "requerente/s". La/s persona/s "requerente/s" no podrán impugnar la maternidad o paternidad, a menos que no hubieren prestado su consentimiento informado. Si la persona "requerente" es casada y su cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado no regirá la presunción de filiación por matrimonio.</p>

Proyecto	Tratamiento del Art 562
5759-D-2016 Racch 2016	<p>Autorizado el procedimiento de gestación por sustitución, el juez en su resolución declara que la filiación de la persona que nazca como consecuencia de la técnica queda determinada con el o los comitentes. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución cuando haya mediado autorización judicial previa, con independencia de quien haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éstos. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial. La inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución debe contar con su correspondiente legajo base en el que conste la sentencia de autorización judicial de conformidad con lo previsto en el art. 563 del Código Civil y Comercial. En ningún caso, el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución.</p>
3524-D-2020	<p>Incorpórese el art. 562 bis al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médica asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretendiente/s progenitores, con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. Artículo 5º. Incorpórese el art. 562 ter al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Autorización judicial. Requisitos. Para la autorización judicial de gestación por sustitución se debe cumplir con los siguientes requisitos.</p>

Tabla 11: Registro de gestantes

Proyecto	Registro de gestantes
S-2574/15 Ley Montero	Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución y articula con los Registros que se creen a Nivel Provincial. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interveniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.
3765-D-2017 Proyecto Carri- zo	Créase un registro de gestantes por sustitución en el ámbito de la Autoridad de Aplicación prevista en la ley 26.862 para tomar conocimiento de las personas que hayan sido autorizadas judicialmente para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, como así también de las pretensas ges- tantes cuya autorización judicial fue rechazada.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	Fe- No contempla.
S-825/18 Pro- yecto Cobos 2018	Créase un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el Ámbito que establezca la Autoridad de Aplicación, que llevará razón de todas las personas inscriptas en el territorio nacional para actuar como tales en los procedimientos de gestación por sustitución, de las autorizadas judicialmente y de las pretensas gestantes cuya autorización judicial fue rechazada. Funciones: a. Inscribir a las personas que pretendan actuar como gestantes en los procedimientos de gestación por sustitución. b. Brindar informe al juez que lo requiera en forma previa a otorgar la autorización de gestación por sustitución, a los efectos de verificar que la persona interveniente como tal no ha actuado en esa calidad con anterioridad en dos ocasiones y en todo el territorio nacional. c. Toda otra función que determine la Autoridad de Aplicación.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	Créase un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el Ámbito de la Autoridad de Aplicación, que llevará razón de todas las personas inscriptas en el territorio nacional para actuar como tales en los procedimientos de gestación por sustitución. Funciones: a) Inscribir a las personas que pretendan actuar como gestantes en los procedimientos de gestación por sustitución y conectar familias o per- sonas que no pueden gestar con personas dispuestas a colaborar con la gestación por sustitución; b) Brindar informe a los centros médicos habilitados que lo requieran en forma previa a la realización de un procedimiento de gestación por sustitución, a los efectos de verificar que la persona interveniente como tal no ha actuado en esa calidad con anterioridad en dos ocasiones y en todo el territorio nacional. c) Toda otra función que determine la Autoridad de Aplicación.
0630-D-2018 Ferreyra 2018	No contempla.
1374-D-2018 Pro Wechsler	Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución y articula con los registros que se creen a nivel provincial. El registro de gestantes tendrá las demás funciones que se establezcan.
5141-D-2017 Rita Olga María	No contempla.

Proyecto	Registro de gestantes
5422-D-2019	
Gestación Solidaria	No contempla.
	<p>Créase un registro de gestantes por sustitución en el ámbito de la Autoridad de Aplicación prevista en la ley 26.862 para tomar conocimiento de las personas que hayan sido autorizadas judicialmente para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, como así también de las pretensas gestantes cuya autorización judicial fue rechazada. A estos fines, se debe articular con los registros que se creen a nivel local. El registro de gestantes por sustitución tendrá las demás funciones que establezca la Autoridad de Aplicación. Los datos de la gestante están protegidos de conformidad con la ley 26.529 y ley 25.326. Son confidenciales a excepción de lo previsto en la presente ley en los arts. 11 inc. d) y 17 de la presente ley.</p>
5759-D-2016 Racch 2016	
3524-D-2020	No contempla.

Tabla 12: Tipificación penal

Proyecto	Tipificación penal
S-2574/15 Montero	<p>Será reprimido con reclusión o prisión de uno a 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones".</p>
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	<p>Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones". Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo"</p>
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	<p>Los preembriones sobrantes de una fecundación in vitro, que no fueran transferidos al útero, podrán ser crío-conservados en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia, a fin de ser utilizados en el futuro o para su donación, previo consentimiento del/la/los/las "comitente/s". Los gastos que insuma la crío-conservación serán cubiertos conforme lo establecido en el artículo 6º de la presente ley. Prohibiciones. Queda estrictamente prohibido: a. La comercialización de embriones; b. La utilización de embriones para la experimentación; c. La clonación, como asimismo, la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en personas en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana. Exceptúese de lo previsto en el inciso b) de este artículo las técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantatorio, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar. Las Instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$100.000 (pesos cien mil) a \$2.000.000 (pesos dos millones).</p>
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	No contempla.

Proyecto	Tipificación penal
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	Los centros de salud que incumplieren lo establecido en la presente ley, serán sancionados conforme lo establezca la reglamentación, con: a) Multa de pesos doscientos mil (\$200.000) a pesos dos millones (\$2.000.000) b) Inhabilitación por el término de un (1) mes hasta tres (3) meses c) Clausura del establecimiento
0630-D-2018 Ferreyra 2018	Las Instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$100.000 (pesos cien mil) a \$2.000.000 (pesos dos millones). En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la persona "gestante" o del/la o los/as "requerentes", será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de Gestación Solidaria, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del/la niño/a.
1374-D-2018 Pro Wechsler	No contempla.
5141-D-2017 Rita Olga María	No contempla.
5422-D-2019 Gestación Solidaria	Las Instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$100.000 (pesos cien mil) a \$2.000.000 (pesos dos millones).
5759-D-2016 Racch 2016	No contempla.
3524-D-2020	No contempla.

Tabla 13: Compensación económica

Proyecto	Compensación económica
S-2574/15 Ley Montero	De carácter no lucrativo, sólo válida para compensar gastos médicos, de traslado, de asesoramiento legal y psicológico y gastos básicos durante el embarazo y postparto.
3765-D-2017 Proyecto Carri- zo	Podrá pagarse una compensación económica razonable a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante para compensar por la gestación, sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8º de la ley 26.862. Al evaluar si corresponde la autorización judicial de la gestación por sustitución, el juez evaluará la razonabilidad de la compensación y asegurará que no conlleve un aprovechamiento indebido de la gestante.
5700-D-2016 Proyecto Fe- rreria 2016	No contempla.
S-825/18 Pro- yecto Cobos 2018	No contempla.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	No contempla.
0630-D-2018 Ferreyra 2018	No contempla.
1374-D-2018 Pro Wechsler	El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial. La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto. La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto.
5141-D-2017 Rita Olga María	Esta ley regula la gestación por sustitución con carácter altruista, es decir que la “gestante” no percibirá ninguna compensación económica más allá de aquella destinada a cubrir los gastos asociados con el embarazo.
5422-D-2019 Gestación Soli- daria	No contempla.
5759-D-2016 Racch 2016	La gestación por sustitución de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 del Código Civil y Comercial, no tiene carácter lucrativo o comercial. La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida sólo para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8º de la ley 26.862.
3524-D-2020	No contempla.

Tabla 14: Derecho a conocer

Proyecto	Derecho a conocer
S-2574/15 Ley Montero	La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzada la edad y madurez suficiente.
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. En lo que respecta a la información relativa a los o las donantes de gametos, cuando los hubiere, se aplica lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial y la ley especial de técnicas de reproducción asistida.
5700-D-2016 Proyecto Ferreira 2016	Los/as hijos/as nacidos/as tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los/as donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean receptores/as de los gametos. Sólo en caso de acuerdo o en la circunstancia extraordinaria de que hubiere un peligro para la vida del/la hijo/a, debidamente comprobada, y únicamente si mediare orden judicial, podrá revelarse la identidad del/a donante. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del/a donante.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad y madurez suficiente, de acceder al expediente judicial; y a la información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas, en las condiciones que se establecen en el art. 563 y sobre los contenidos del art. 564 del Código Civil y Comercial de Nación.
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho, una vez alcanzada la edad y madurez suficiente, de acceder a la información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas. En el caso en que la gestación por sustitución se hubiese realizado con gametos de terceros, serán de aplicación los artículos 563 y 564 Código Civil y Comercial.
0630-D-2018 Ferreyra 2018	Los/as hijos/as nacidos/as tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los/as donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean receptores/as de los gametos. Sólo en caso de acuerdo o en la circunstancia extraordinaria de que hubiere un peligro para la vida del/la hijo/a, debidamente comprobada, y únicamente si mediare orden judicial, podrá revelarse la identidad del/a donante. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del/a donante.
1374-D-2018 Pro Wechsler	La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas, alcanzada la edad y madurez suficiente.
5141-D-2017 Rita Olga María	No contempla.

Proyecto	Derecho a conocer
5422-D-2019 Gestación Soli- daria	Los/as hijos/as nacidos/as tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los/as donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean receptores/as de los gametos. Sólo en caso de acuerdo o en la circunstancia extraordinaria de que hubiere un peligro para la vida del/la hijo/a, debidamente comprobada, y únicamente si mediare orden judicial, podrá revelarse la identidad del/a donante. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del/a donante.
5759-D-2016 Racch 2016	La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. En lo que respecta a la información relativa a los o las donantes de gametos, cuando los hubiere, se aplica lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial.
3524-D-2020	No contempla.

Tabla 15: Incorporación al Código Penal

Proyecto	Incorporación al Código Penal
S-2574/15 Ley Montero	<p>Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo inter-mediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones".</p> <p>Incorpórese el ARTÍCULO 139: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo".</p>
3765-D-2017 Proyecto Carrizo	<p>Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones".</p> <p>ARTÍCULO 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo".</p> <p>Modificaciones a la ley 26.862 art. 2: "A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médica asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias".</p> <p>Modifíquese el art. 8 de la ley 26.862: "El sector público de salud, las obras sociales en-marcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida.</p>

Proyecto	Incorporación al Código Penal
5700-D-2016	
Proyecto Ferreira 2016	Proyecto No contempla.
S-825/18 Proyecto Cobos 2018	<p>Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones".</p> <p>Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja que desea establecer un vínculo de filiación con un niño, y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas pre-vistas en este artículo".</p> <p>Modifíquese el art. 2 de la ley 26.862 se entiende por reproducción médica asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias.</p> <p>Modifíquese el art. 177 de la ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744: En los casos de gestación por sustitución, la licencia anterior al parto corresponderá a la persona gestante y la posterior a la gestante y la parte comitente que tenga a su cargo el cuidado del nacido, en forma conjunta. La gestante y, en los casos de gestación por sustitución, también la persona comitente que tenga a su cargo el cuidado del nacido, deberán comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La persona trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda persona gestante, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacidad para reanudarlo vencidos aquellos plazos, será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.</p> <p>Modifíquese el art. 178 de la ley de Contrato de Trabajo: Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la persona gestante obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley Nº 20.744.</p>

Proyecto	Incorporación al Código Penal
S-1429/2020 Proyecto Cobos 2020	<p>Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare el correspondiente acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha del acuerdo. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de gametos". - Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja que desea establecer un vínculo de filiación con un niño, y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo. Modifíquese el art. 2 de la ley 26.862: se entiende por reproducción médicaamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias.</p>
0630-D-2018 Ferreira 2018	<p>Esta ley se dicta en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto por la Ley 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida, y la reglamentación vigente.</p> <p>Se incorpora al Artículo 139 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un (1) año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones". Incorpórese el Artículo 139 quáter al Código Penal: Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a seis (6) años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño o una niña y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo".</p>
1374-D-2018 Pro Wechsler	
5141-D-2017 Rita Olga María	No contempla.
5422-D-2019 Gestación Solidaria	No contempla

Proyecto	Incorporación Código Penal
5759-D-2016 Racch 2016	Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediare la correspondiente autorización judicial o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediare constancia de donación de embriones". Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo". Modifíquese el art. 2 de la ley 26.862: "A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médica asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones; entre las que se incluye la gestación por sustitución de conformidad con lo previsto en la ley que lo regula y normas complementarias".
3524-D-2020	No contempla