



“Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y  
Sociales”

“Problemáticas derivadas de la gestación por sustitución en clave de  
género”

Seminario: Gestación por sustitución

Director: Dra. Karina Bigliardi

Año: 2023

Autora: Marta Raquel Lobo

E-mail de contacto: raque77.lobos@gmail.com

Legajo: 104289/7

Fecha de entrega: 11 de diciembre de 2023

## Sumario

El presente trabajo pretende analizar la ausencia normativa en Argentina de la gestación por sustitución, una de las técnicas de reproducción humana asistida más practicadas en los últimos años; las problemáticas jurídicas que derivan de ella y los cuestionamientos éticos hacia el rol de la gestante. Sumando jurisprudencia de los casos más relevantes de nuestro país, desde una mirada con perspectiva de género.

**Palabras Clave:** Gestación. Persona gestante. Voluntad procreacional. Interés superior del niño/a.

## Objetivos

- Generales:
  - 1) Visibilizar el panorama actual de la gestación por sustitución puntualmente en Argentina.
  - 2) Exponer las posturas doctrinarias a favor y en contra en relación a la temática indicada anteriormente.
  - 3) Recopilar la normativa vigente y la jurisprudencia relevante sobre el tema.
  
- Específicos:
  - 1) Advertir las problemáticas que se desarrollan en torno a esta técnica de reproducción humana asistida.
  - 2) Contrastar la verdad biológica con la voluntad procreacional.
  - 3) Vincular la perspectiva de género con la incorporación de esta técnica.

## Interrogantes

En el presente trabajo pretendo desarrollar y exponer fundamentos y tópicos concernientes a arribar sobre la resolución de los siguientes interrogantes.

¿Cómo es la regulación vigente en nuestro país respecto a esta práctica?  
¿Cuáles son los motivos que llevan a las personas a acceder a esta técnica? ¿A favor de quién se determina la filiación del niño/a nacido/a? ¿Cuál es la relación con la cobertura médica en esta práctica? ¿Es éticamente correcto otorgar un marco jurídico a esta técnica de reproducción humana asistida?

## Índice

Sumario.....	pg. 2
Palabras claves.....	pg. 2
Objetivos.....	pg. 2
Interrogantes.....	pg. 2
Resumen Ejecutivo.....	pg. 4
I. Introducción.....	pg. 5
II. Encuadre normativo.....	pg. 6
III. Origen de la gestación por sustitución.....	pg. 8
IV. Situación actual en Argentina.....	pg. 8
V. Cuestionamientos al rol de la mujer gestante.....	pg. 10
VI. Análisis bioético y derecho comparado.....	pg. 11
VII. Jurisprudencia.....	pg. 12
VIII. Palabras finales.....	pg. 16
IX. Bibliografía.....	pg. 18
X. Jurisprudencia seleccionada.....	pg. 19

## Resumen ejecutivo

En el presente trabajo se intenta exponer la temática de la gestación por sustitución desde un enfoque holístico, el cual comprenda analizar tópicos desde el punto de vista jurídico, psicológico, médico y social.

Así mismo se expondrán fundamentos de hecho y de derecho que versan sobre un análisis realizado a conciencia sobre la exposición de motivos, ventajas y desventajas de la técnica en cuestión, entre otros aspectos.

Para lograr los propósitos enmarcados en el mismo, me pareció relevante considerar el análisis de ciertos fallos jurisprudenciales que arriban en la incorporación de criterios aplicables en torno a los fundamentos expuestos.

## I. Introducción

Dado los grandes avances de la medicina en materia de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). La utilización de estas técnicas han impactado en la conformación de las relaciones familiares. La nueva fuente filiatoria ha sido reconocida en Argentina a partir de la ley N°26.862<sup>1</sup> sancionada en el año 2013, la misma se ocupa de regular exclusivamente en relación al acceso a las TRHA y la cobertura médica con las que las mismas deben contar.

Es menester señalar que la normativa antes mencionada, si bien es un gran avance en nuestros derechos, no otorga una regulación específica respecto de los medios por los cuales se llevarán a cabo las diferentes prácticas, a pesar que las mismas son de utilización frecuente.

Si bien estas TRHA fueron receptadas como una nueva fuente filiatoria en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) en su art. 558, es importante destacar que la misma no contempla la “Gestación por Sustitución”, este análisis crítico se da a partir de la interpretación del art. 562 del CCCN el cual se refiere a la “voluntad procreacional”. Si nos remitimos al mismo, se observa con claridad la problemática derivada de su redacción frente al tema en desarrollo, toda vez que dispone que los niños/as nacidos por las TRHA son hijos de quien dió a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

Por otro lado, en el anteproyecto del CCCN se intentó incorporar esta figura, pero como pudimos ver, sufrió una modificación en el debate parlamentario derivando así en la exclusión de esta TRHA. El mismo regulaba una serie de requisitos interesantes teniendo como eje central el “interés superior del niño”<sup>2</sup>, por un lado la persona gestante debía gozar de plena capacidad, buena salud, debía perseguir fines altruistas, no podía llevar a cabo la gestación con sus propios óvulos, también se requería que haya dado a luz a un hijo propio y por otro lado que los comitentes, al menos uno de ellos aporte sus gametos.

Para entender a qué nos referimos con la gestación por sustitución es preciso dar un concepto. Según Eleonora Lamm *“es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con*

---

<sup>1</sup> Ley de “Reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico asistenciales” N° 26.862/2013, sancionada (2013).

<sup>2</sup> Definido en el art. 3° de la ley de “Protección integral de los derechos de las niñas/os y adolescentes”. N° 26.061/2005, sancionada (2005).

*una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.*<sup>3</sup>

Respecto a esta técnica, la misma se realiza mediante la fecundación in vitro, seleccionando un espermatozoide para que fecunde el óvulo por fuera del útero, es decir, es un procedimiento que se lleva a cabo en un laboratorio, para que finalmente cuando se obtenga el o los embriones formados, se realice la posterior implantación en el útero de la persona gestante.

Es una TRHA que permite procrear un hijo/a con ADN de sus padres comitentes, los que prestan su voluntad procreacional, entendiéndose como la intención de querer tener un hijo con material genético propio valiéndose del útero de una tercera persona. La manifestación de voluntad debe plasmarse a través del consentimiento libre, previo e informado, el cual resulta fundamental para determinar el vínculo filial entre la persona nacida y quienes lo han extendido, quedando excluida de este vínculo jurídico aquella que gestó.

Se conocen diferentes modalidades por las que se lleva a cabo, según si la gestante aporta material genético, se denominará “tradicional”, si sólo gesta con los gametos de los comitentes con solo uno de ellos más una persona donante, se llamará “gestacional”.

Esta última es de las más practicadas en Argentina y provoca consecuencias jurídicas de todo tipo, incluso cuestionamientos morales y éticos hacia el rol de la persona gestante.

## II. Encuadre normativo

Como mencioné con anterioridad, tanto la ley N° 26.862 de “Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida” junto a su decreto reglamentario N° 956/2013<sup>4</sup>, son fundamentales porque garantizan el acceso integral a las TRHA a través de las instituciones médicas públicas y privadas, inscriptas debidamente en un registro único previo al cumplimiento de una serie de requisitos impuestos por la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación.

---

<sup>3</sup> Lamm, E.L. (2013) "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Recopilado en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/libro-gestacion-por-sustitucion>

<sup>4</sup> Decreto reglamentario N° 956/13 de la mencionada ley N° 26.862. Sancionado (2013).

En estas normativas se regulan por un lado el acceso a las TRHA y su cobertura médica obligatoria por parte de las obras sociales obligatorias, como así también las obras sociales prepagas. A su vez, definen a los beneficiarios/as, como aquel grupo de personas integrado por mayores de 18 años de edad, casados/as o solteros/as que hayan prestado su consentimiento previo, libre e informado, el cual admite su revocación en 2 momentos diferentes conforme al tipo de técnica elegida, sea de “baja o alta complejidad”. Con respecto a las técnicas de “baja complejidad”, es posible revocarlo en cualquier momento del tratamiento o antes de que se lleve a cabo la inseminación y por otro lado, con respecto a las de “alta complejidad” antes de realizar la implantación del embrión.

La forma en que es receptado el consentimiento se relaciona con la ley N° 25.326 de “Protección de Datos Personales”<sup>5</sup> y la N° 26.529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”<sup>6</sup> cuando explica en su art. 5 que la declaración de voluntad efectuada por el paciente o por su representante legal en su caso, es emitida luego de haber recibido por parte de los médicos, información clara, precisa y adecuada de su estado de salud, el procedimiento propuesto, los riesgos y los efectos secundarios.

Cabe aclarar que en todo tipo de procedimiento médico es necesario brindar este tipo de información, para que luego el consentimiento refleje verdaderamente la voluntad de someterse a los tratamientos. Ese consentimiento previo, libre e informado es el que refleja la voluntad procreacional de los intervinientes, el deseo de formar una familia rompe el principio de la verdad biológica frente a la manifestación de la voluntad, que en definitiva es lo que sucede cuando estamos frente a una gestación por sustitución. En este caso quienes expresan su voluntad no son solamente los comitentes, sino también la persona gestante luego de recibir la información adecuada sobre esta TRHA.

La ley N° 26.862 se sanciona bajo el contexto de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así también de la jurisprudencia nacional. Sigue los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud en materia de cobertura integral, comprende el derecho a la salud sexual y reproductiva, como así también al principio de igualdad y no discriminación en cuanto al acceso a estas técnicas.

Pero, ¿qué sucede con la gestación por sustitución? ¿acaso no es discriminatorio si no hay inclusión de la misma?

---

<sup>5</sup> “Ley de Protección de los datos personales” N° 25.326/2000. Sancionada (2000).

<sup>6</sup> Ley de los “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud” N° 26.529/2009. Sancionada (2009).

### III. Origen de la gestación por sustitución

El reconocimiento a nivel mundial de esta técnica fue aproximadamente en el año 1980, con el caso de “Baby M<sup>7</sup>” en Nueva Jersey, Estados Unidos. Donde William y Elizabeth Stern, decidieron acudir a esta TRHA porque la señora padecía de esclerosis múltiple y le preocupaba las consecuencias que podía tener dicha enfermedad en el embarazo, entonces decidieron publicar un aviso en el diario de Nueva Jersey, el cual respondió Mary Beth Whitehead. Posterior a ello firmaron un contrato de gestación por sustitución, le pagaron 10.000 dólares más los gastos médicos, con la finalidad de que finalizado el período de embarazo se entregara a los comitentes el niño/a nacido/a. Mary por su parte se comprometió a renunciar a los derechos filiatorios sobre el/la futuro/a bebé, aportó sus propios óvulos y fue inseminada artificialmente con material genético del sr. Stern. De ese embarazo nació una niña, “M” el 27 de marzo de 1986; luego de esa fecha comenzaron los conflictos, debido a que Mary optó por quedarse con la niña y no dársela a sus “padres de intención”.

El caso se elevó a juicio por parte de los comitentes (Los Stern) y el Tribunal Supremo de Nueva Jersey consideró que, si bien el contrato de gestación por sustitución no era válido, el foco de la cuestión era el bienestar y el interés superior de la recién nacida. Por lo que el Tribunal resolvió concederle la custodia a los Stern y derechos de visita a la Sra. Whitehead.

### IV. Situación actual en Argentina

Como se expuso con anterioridad, la temática en desarrollo no cuenta con regulación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico. Si tenemos en cuenta el principio de legalidad receptado en nuestra Constitución Nacional en el art. 19, segundo párrafo nos dice que; “...*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...*” podríamos decir entonces, que queda abierta la posibilidad de recurrir a esta TRHA, generando múltiples consecuencias jurídicas. Una de ellas ha generado basta cantidad de jurisprudencia y es la imposibilidad de reconocer a un hijo/a nacido/a por medio de la gestación por sustitución, vulnerando así, su derecho a la identidad receptado en el art.8 de la

---

<sup>7</sup> Una mirada crítica a las relaciones laborales (2023, marzo) *Lo que el dinero no debería poder comprar: el caso de <<Baby M>>*. Recopilado en <https://iqnasibeltran.com/2023/03/29/lo-que-el-dinero-no-deberia-poder-comprar-el-caso-baby-m/>

“Convención sobre los Derechos del Niño/a y adolescentes”<sup>8</sup> y en el art. 11 de la Ley N° 26.061 sobre “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”.

Puesto que carece de un documento nacional de identidad, donde porte el apellido de sus padres comitentes, quienes verdaderamente han prestado su voluntad procreacional, siendo esto un elemento importante para la determinación de la filiación. Los motivos que llevan a optar por esta figura, es justamente la imposibilidad de llevar a cabo un embarazo propio, ya sea por causas relativas a la infertilidad de uno o ambos integrantes de la pareja, por una contraindicación médica para llevarlo adelante, debido a malformaciones uterinas, por fallas en la implantación, también debido a múltiples abortos espontáneos o por razones referidas a la orientación sexual, como es el caso de las parejas homosexuales.

La gran mayoría de personas intenta concebir por sus propios medios, acuden a clínicas de fertilización asistida, realizan innumerables tratamientos médicos y cuando ven su imposibilidad de gestar, deciden acudir a una tercera persona para que geste por ellos, acudiendo a personas conocidas, amigas de la familia, como así también a desconocidas. En un principio aquellas parejas y también personas solteras, decidían viajar a países donde la gestación por sustitución estaba permitida para lograr el objetivo de poder ampliar su familia. A esta práctica se la conoce como “turismo reproductivo” que está al alcance de los que gozan de un gran poder económico adquisitivo, la misma otorga una seguridad jurídica a los comitentes al realizarlo en otro país donde se encuentra regulada, en vez de realizarlo en Argentina. Lamentablemente muchos quedan afuera de esta posibilidad de viajar al exterior y cumplir su deseo, por lo que deciden realizarlo dentro de nuestro país, de manera privada mediante acuerdos firmados u orales con una tercera persona para que lleve a cabo la gestación.

## V. Cuestionamientos al rol de la persona gestante

Muchos debates éticos se han suscitado en base al rol que desempeña la mujer gestante, si bien tradicionalmente siempre se habló del rol de ella, considero que es correcto referirnos también a la persona que sin autoperibirse como mujer, gesta para otros. Es importante tener en cuenta, no sólo a las mujeres, sino también incluir a todas las personas con capacidad para gestar, porque así nutrimos nuestra perspectiva de género.

---

<sup>8</sup> Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes, 20 de noviembre de 1989.

Es interesante destacar que hay muchos autores a favor como en contra, éstos últimos, por su parte, Borda, Rivera, Zannoni, integran el sector “prohibicionista”, los cuales sostienen que por medio de esta técnica se mercantiliza el cuerpo de la persona gestante, fomentando la explotación al aprovecharse de las que se encuentran en una situación económica desventajosa y que se ven forzadas a “enajenar su cuerpo” gestando para otros a cambio de una remuneración económica, son los mismos que conceptualizan esta TRHA como “alquiler de vientre”.

Lo cual considero que es totalmente incorrecto, porque definirla de ese modo es tener una concepción mercantilista sobre el cuerpo, lo que lleva a la cosificación de la persona gestante y no contribuye a la valorización de la dignidad humana. También suelen conceptualizarla como “maternidad subrogada”, incurriendo en una confusión, porque lo que se subroga no es el rol maternal de una persona, si no la mera gestación de un bebé con material genético ajeno, es allí donde creo que es fundamental diferenciar la maternidad y/o paternidad de la acción de gestar. Esto se debe a doctrinas conservadoras que siempre rodearon de estigmas sociales al rol de la mujer, a su “deber” de formar una familia y a ocuparse de la misma. Creen que las funciones de gestar, parir y cuidar deben recaer en una misma persona. Afirman que el “desapego” del bebé respecto de la gestante implica un daño al niño/a y se amparan en el principio del interés superior del niño, fundamentando sin comprobaciones científicas y estadísticas en cuanto si afecta ese momento al recién nacido.

Por otro lado, si tomamos en cuenta al sector doctrinario que está a favor de la gestación por sustitución, nos encontramos con autoras como Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, quienes forman parte de la postura “regulacionista”, ven a la gestación por sustitución como una realidad argentina. Se basan en la autodeterminación de las personas gestantes, en la libertad sexual y reproductiva. Argumentan que la regulación de esta TRHA es una vía necesaria para evitar abusos de derechos, turismo reproductivo y la realización de la misma en el ámbito de la clandestinidad. Además en contraposición de la postura prohibicionista, afirman que no existen estudios que demuestren un daño físico o psicológico en la mujer gestante con posterioridad al parto.

Sostienen que el “interés superior del niño” debe primar siempre y que lo mejor para ellos es una familia que desee su existencia, que se preocupen por su cuidado personal, de su alimentación, educación y cariño, no ven absolutamente nada de malo ni traumático en que un hijo/a sea concebido bajo esta forma.

## VI. Análisis bioético y Derecho comparado

En primer término cabe definir la bioética como aquella rama de la ética que se dedica a promover los principios para la conducta más apropiada del ser humano con respecto a la vida, entendiendo a ésta, como la vida humana y al resto de los seres vivos, incluyendo el ambiente. Dichas estas palabras, me parece importante proceder a realizar una vinculación entre esta y el derecho. Ambas tienen como finalidad la promoción del respeto por los derechos humanos reconocidos en numerosos tratados internacionales.

La bioética es de vital importancia para analizar los casos relativos a la gestación por sustitución desde una perspectiva un poco más comprensiva de los derechos humanos en juego y los respectivos avances en la ciencia médica. Con respecto a los autores Tom L. Beauchamp y James F. Childress defensores de los principios de la bioética, cabe mencionar que dentro de ellos el “respeto a la autonomía” se ve con claridad en el momento exacto en el que las personas prestan su consentimiento informado en un formulario de una clínica de fertilización asistida para someterse a las TRHA. Los que deciden transitar por estos tratamientos lo hacen de manera autónoma, por su propia decisión, sin influencias de terceros que puedan condicionar sus decisiones, aquí lo importante y determinante es la voluntad, que de ninguna manera se puede suplir, porque a fin de cuentas determina la intención y el deseo de procrear un hijo/a.

En cuanto al derecho comparado, cabe aquí la mención de algunos países que admiten la gestación por sustitución con fines altruistas, entre ellos se ubica Gran Bretaña que la comercialización que se da a través de intermediarios encargados de reclutar a las mujeres a través de espacios publicitarios y admite a la gestación por sustitución siempre que se encuentre justificada por razones médicas. Aun así, este sistema admitido por aquél es susceptible de críticas, puesto que la filiación respecto del nacido/a, se determina en principio a favor de la gestante, mientras los comitentes no inicien ante los tribunales una “orden parental” para lograr la transferencia de la filiación del niño/a a su favor. Esa regla que adopta Gran Bretaña, le da la posibilidad a la persona gestante, de arrepentirse y cambiar de opinión para quedarse con el/la niño/a.

Un sistema diferente plantean otros países, tales como Estados Unidos (California, Nueva Jersey, Florida, entre otros) Grecia, Israel, etc., en los cuales no se admite este derecho de opción a favor de la persona gestante, por el contrario, muchos de ellos prohíben que una vez realizado el acuerdo con los comitentes e iniciado el embarazo exista una posibilidad de arrepentirse.

## VII. Jurisprudencia

En este acápite me parece importante desarrollar aportes jurisprudenciales relativos a la temática relacionada, motivo por el cual tomé el fallo individualizado de la siguiente manera: “F.M.L y otra s/autorización judicial” 2 de diciembre del 2014. Tribunal de familia N°7 de Rosario.

El presente caso trata sobre un matrimonio heterosexual que solicitó una autorización judicial para llevar a cabo una gestación por sustitución. Querían que los embriones obtenidos por medio de la fecundación in vitro, se implantaran en el vientre de una tercera persona que será la que gestara, quien prestó su consentimiento previo, libre e informado, comprometiéndose a llevar a cabo la gestación con fines altruistas. Este es un fallo importante, debido a que la gran casuística argentina se da con posterioridad a los nacimientos, muchos de ellos tratan sobre solicitudes de inscripción de los niños/as nacidos a favor de los padres comitentes, otros impugnan la maternidad determinada por ley en favor de la persona que dio a luz, otros tantos declaran la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN por considerarlo discriminatorio de aquellas personas que han prestado su consentimiento informado a pesar de no gestar y que aun así no se les reconoce el vínculo filiatorio.

Este caso es diferente porque se dio de manera previa, lo que permitió un mayor control jurídico, como así también la intervención de un equipo interdisciplinario integrado por médicos, psiquiatras y psicólogos, que cumplieron un rol fundamental al momento de informar debidamente a la persona gestante sobre las consecuencias de un embarazo, los tratamientos, cuidados del cuerpo y demás cuestiones afines. Por otro lado se encargaron de realizar un informe médico sobre la aptitud física y psíquica para desempeñar la gestación.

Debido a la constitucionalización del derecho privado, el juego armónico de la interpretación, tanto de la normativa de fondo (Código Civil y Comercial de la Nación y Constitución Nacional) como de los tratados internacionales de derechos humanos han orientado a la jueza Valeria Vittori a sentenciar en favor de estos padres comitentes, reconociendo así, el respeto de la autonomía personal (gran principio bioético), el derecho a la salud sexual y reproductiva de los mismos y el respeto del proyecto de vida en común en víspera a la consolidación de una familia. Entendió a su vez, que el Estado no puede interferir en los planes que tengan como pareja. Es por ello que, a la hora de sentenciar se basó en la ley N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/13, fundamentando que si bien la ley no lo menciona explícitamente, en aquellos casos en los que exista infertilidad necesariamente tendrán que recurrir a una gestante.

Tomó especial consideración el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, los requisitos que éste contemplaba en el art. 562 para acceder a la gestación por sustitución y realiza un enfoque en la voluntad procreacional que hoy contiene dicho artículo, como elemento determinante de la filiación en favor de los comitentes, garantizando de esta manera el derecho a la identidad de ese niño/a por nacer. Es por eso que, en virtud de la ley N° 26.413 ordenó la inscripción del niño/a a nombre de los padres que han manifestado su voluntad procreacional, pidió que conste en el legajo la gestación por sustitución llevada a cabo para así, en un futuro cuando el niño/a adquiera capacidad y grado de madurez suficiente conozca el origen de su identidad.

Así mismo, me pareció útil incorporar el fallo: “R.L.A y Otros s/sumaria” 21 de mayo del 2020. Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María, Córdoba. La situación fáctica que se presenta en esta controversia versa sobre los siguientes hechos: una pareja homosexual (integrada por dos hombres) que junto a una amiga llamada “M”, solicitaron autorización judicial para que ella geste al niño/a con material genético de uno de ellos dos y el de una donante anónima (ovodonación), con la finalidad de que se emplace en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas a esta pareja como progenitores legales. Asimismo, solicitaron la cobertura social de OSPIA para lograr el tratamiento de alta complejidad.

El caso se enmarca principalmente en el art. 19 de la Constitución Nacional que en su segundo párrafo dice: “...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...”. También se basan en el derecho humano a procrear, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los avances científicos. Es por eso que, en virtud de estos avances, se basan en la ley N° 26.862 (de Acceso integral a las TRHA) más su decreto reglamentario N° 956/13 (que permite el acceso a dichas técnicas a parejas casadas o no, sin importar su orientación sexual), el cual a su vez nos hace una remisión directa la ley N° 26.529 relativa a los derechos de los pacientes en cuanto al consentimiento informado prestado ante el Centro de Salud interviniente y a la ley N° 25.326 sobre la protección de los datos personales. En este caso, al igual que en el fallo “F.M.L. y otra s/autorización judicial” de Rosario, se dio la intervención de un equipo interdisciplinario, en donde participó una psiquiatra y una psicóloga que acreditaron la aptitud de “M” para llevar a cabo la gestación, afirmaron que la misma comprendía las consecuencias de sus actos y que ha prestado su consentimiento previo, libre e informado tal como lo exige el art. 560 del CCCN.

Por otro lado, el juzgado de Villa María entendió que rechazar la gestación por sustitución implicaría una discriminación hacia la pareja, puesto que se afectaría el derecho a la igualdad, en razón de su orientación sexual. En este sentido se reafirma la aplicación directa de la perspectiva de género y la vulneración de ciertos derechos que

tienen que ver con ello. Además se ordenó la inaplicabilidad del art. 562 del CCCN al caso por ser contraria a este tipo de TRHA y la inscripción del niño/a basándose en la “Convención sobre los Derechos de los Niños/as y Adolescentes” que dispone en su art. 7 el derecho de los mismos a conocer sus orígenes. En cuanto a la cobertura de la obra social, el juzgado no se pronuncia al respecto puesto que se declaró la incompetencia material de éste, por lo que tal decisión devino firme, quedando así consentida (cosa juzgada).

Concluyo, que la incorporación del análisis de este fallo es de suma importancia teniendo en cuenta el criterio y la mirada de género que está imperante en la actualidad. Nos ayuda a comprender que los mismos son construcciones propias de la sociedad y que nada tienen que ver con lo que cada persona “debe” hacer. Con esto me refiero al rol de la persona gestante, tan criticada por no condicionarse con lo que la sociedad espera. El hecho de gestar para otros sin desear el vínculo filiatorio, ha llevado a muchas personas conservadoras a posicionarse en contra de la autonomía de las personas en este tipo de prácticas.

Considero que tener esta perspectiva es sumamente positivo tanto para esta pareja homosexual, como para cualquier persona, porque implica el reconocimiento de sus derechos a la hora de planificar un plan de vida en común, con vista a ser padres, a su derecho de formar una familia, siendo éste inherente a todo ser humano. También es importante considerar la dignidad humana de las personas gestantes, que se reconozcan sus derechos como a cualquier otra persona que decide gestar por sí y para sí, para que puedan seguir ayudando a cumplir este sueño de poder formar una familia a quienes ven una dificultad para llevar adelante un embarazo, como así también, garantizarles una adecuada cobertura médica.

A modo de conclusión y cierre de este apartado, me parece importante plantear el caso del fallo: “M. G. A. y otro c/ OSPE s/ prestaciones médicas” 3 de octubre del 2022. Juzgado Federal N°2 de Mendoza.

Estamos frente a un caso muy relevante, el cual trata sobre la demanda presentada por una pareja homosexual (integrada por dos hombres) contra la obra social de petroleros (OSPE), con la finalidad de que ésta garantice la cobertura del tratamiento médico a la persona gestante, que aquí llamativamente es la hermana de uno de los actores. Para ello fundamentaron que cuentan con una sentencia favorable en donde se los autoriza judicialmente de manera previa a realizar una gestación por sustitución, allí se acredita que la gestante junto a los padres comitentes ha prestado su consentimiento previo, libre e informado (conforme al art. 560 CCCN y a la ley N° 26.529).

Basan su solicitud en la ley N° 26.862 y en su decreto reglamentario N° 956/13 el cual en su art. 8 comprende la obligación de las obras sociales y prepagas a otorgar cobertura médica a todas las personas sin limitaciones, ni distinción alguna, sean casadas o no, homosexuales o heterosexuales.

En cuanto al caso, el Juzgado Federal de Mendoza decidió condenar a OSPE a la cobertura médica del tratamiento para llevar a cabo la gestación por sustitución. Esto trae aparejado como consecuencia un recurso de apelación interpuesto por la demandada, en el cual argumentó que esta TRHA no se encuentra actualmente regulada en Argentina, por lo que no estaba comprendida dentro del “Plan Médico Obligatorio” y que además la cobertura no alcanzaba a la gestante por no formar parte del grupo familiar primario (por ser la hermana de uno de los comitentes).

Por lo expuesto, la Cámara Federal de Mendoza resuelve hacer lugar parcialmente al recurso presentado por OSPE, quien de igual manera tendrá que cubrir el tratamiento médico con la salvedad de que se realizará bajo el seguimiento de un/a doctor/a perteneciente a su cartilla médica y con los límites económicos allí determinados, porque se entendió que los beneficiarios finales de dicho tratamiento son los padres comitentes y no solamente la persona gestante.

A mi entender este fallo resalta otra de las problemáticas derivadas de la ausencia normativa de la gestación por sustitución, que es la ausencia de cobertura médica. Es cierto que la jurisprudencia cumple un papel fundamental, sienta un camino positivo en cuanto a esta TRHA. Como gran ejemplo podemos citar a este fallo, que hace lugar a una cobertura médica para llevarla a cabo. Es una sentencia valiosa por cuanto se reconoce la amplitud de derechos que nos trae la ley N° 26.862 de acceso a las TRHA y su decreto reglamentario N° 956/13, pilares esenciales para la planificación de una familia.

## VIII. Palabras finales

Luego de haber seleccionado e investigado en profundidad acerca de la gestación por sustitución, pude conocer un poco más las problemáticas jurídicas derivadas de ésta, los derechos comprometidos, tanto de los padres/madres comitentes, de las niñas/os por nacer e incluso de aquellos nacidos al día de hoy, como así también de la persona gestante.

Considero que la perspectiva de género es necesaria para comprender que no siempre la persona que decide gestar, desea tener un vínculo filiatorio con el niño/a nacido/a y que es urgente que así lo empecemos a entender, para revalorizar su dignidad humana otorgando un marco jurídico que reconozca sus derechos.

No debemos pasar por alto que, si bien existieron intentos para regular esta figura, tanto en el anteproyecto del CCCN como en los proyectos de ley, la temática continúa sin legislación propia y específica.

No se advierte por qué la dignidad del nacido, que tanto preocupa a algunos, pueda verse afectada por el hecho que será querido y educado por alguien distinto a quien lo gestó y dio a luz. Disociar los elementos genéticos y biológicos de la función parental no es un tema nuevo; también en torno a un niño/a adoptado giran cuestiones complejas, pero estas dificultades no son, por sí solas, razones suficientes para negar la posibilidad de un vínculo filial.

Desde mi perspectiva, silenciar o prohibir los acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la "inevitabilidad del destino biológico" de las personas. Muchas estudiosas feministas (Andrews, 1990; Purdy, 1992) celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño/a son dos actividades humanas diferentes. Gestar un niño/a es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la persona deba criarlo/a. Una de las características y de los postulados del feminismo es que "la biología no debe ser el destino".

La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos. El mayor papel de la persona en concebir y gestar no significa que también deban tener mayor responsabilidad en la crianza de los hijos. La evidencia de que la reproducción es una condición del cuerpo de la persona gestante sobre el que ella debe tener control, ha permitido que las personas opten más libremente por llevar una vida con o sin hijos.

"Si sancionar una ley de cobertura médica en un contexto normativo donde aún prima el silencio legal mas no jurisprudencial —dispar y contradictorio— en medio de fuertes aires reformistas no era tarea sencilla; reglamentarla en un marco de amplitud sin quitarle tal espíritu y, a la vez, concretar los derechos reconocidos constituía una actividad legislativa más desafiante aún."

Creo que como país necesitamos una normativa que regule esta TRHA, los requisitos para acceder a ella, modos, límites y cobertura médica que asegure los derechos de los intervinientes, siempre con miras al interés superior del niño/a. Procurando la seguridad jurídica en esta práctica evitando los abusos.

## IX. Bibliografía

- Ley N° 26.862 (2013) de Reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico asistenciales.
- Ley N° 26.061 (2005) de Protección integral de los derechos de las niñas/os y adolescentes.
- Lamm, Eleonora (2013) "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.  
Recopilado en <http://www.bioetica y derecho.ub.edu/es/libro-gestacion-por-sustitucion>
- Decreto reglamentario N° 956 de la mencionada ley N° 26.862. (2013)
- Ley N° 25.326 (2000) de Protección de los datos personales.
- Ley N° 26.529 (2009) de los Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.
- Una mirada crítica a las relaciones laborales (2023) "Lo que el dinero no debería poder comprar: el caso de Baby M". Recopilado en <https://ignasibeltran.com/2023/03/29/lo-que-el-dinero-no-deberia-poder-comprar-el-caso-baby-m/>
- Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes (1989).
- Laffitte. Sofia (2021). "Gestación por sustitución: la necesaria regulación con enfoque de derechos". Publicado en RCC y C.
- Ley N° 26.413 (2008) del Registro civil y capacidad de las personas.
- Herrera, Marisa y Lamm Eleonora. (2013). "Cobertura médica de las técnicas de reproducción humana asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia". Publicado en LA LEY.
- Francingues Constanza B. y Monserrat Florencia. (2019). "La igualdad en el derecho a la salud y la resolución 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación". Publicado en DFyP.
- Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa y Lamm Eleonora. (2014). "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima". Publicado en LA LEY.
- Chimiellak, Carolina. (2019). "El impacto de las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema filiatorio del Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en DFyP.
- Medina Graciela y González Magaña Ignacio. (2013). "La reglamentación de la Ley Nacional de Fertilización Asistida". Publicada en DFyP.
- Lamm, Eleonora. (2015). "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia". Publicado en LA LEY.

- Yuba, Gabriela. (2013). "Comentario sobre la ley Nacional de Fertilización Asistida. Necesidad de una perspectiva bioética". Publicado en DFyP.
- Garay, Oscar. (2015). "El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada". Publicada en LA LEY.
- Garay, Oscar. (2013). "Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida". Publicado en LA LEY.
- Sánchez Uthurriague María y Fernández Silvina. (2016). "Gestación por sustitución: necesidad de una pronta solución". Revista Niños, Menores e Infancias. Recopilado en <https://revista.idn.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/trabajosyproducciones/123-gestacion-por-sustitucion-necesidad-de-una-pronta-solucion>.
- Calvo Costa, Carlos A. (2021). "Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado". 2da edición.
- Gómez Franco, Candela. (2020). "Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno". Publicado en RCC y C.

#### X. Jurisprudencia seleccionada.

- Fallo jurisprudencial. "F.M.L y otra". Año 2014. Tribunal de familia N°7 de Rosario. CITAR TEXTO DE E. LAMM.
- Fallo jurisprudencial. "R.L.A y Otros". Año 2020. Juzgado Civil, Comercial y de Familia. Córdoba. Expediente N° 7889448/2020. Recopilado en <https://www.diarioconstitucional.cl/wpcontent/uploads/archivos/5010/1549/1594847772.pdf>
- Fallo jurisprudencial. "M. G. A. y otro c/ OSPE". Año 2022. Juzgado Federal N°2 de Mendoza. Expediente N° 27950/2022. Recopilado en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/10/24/fallos-mi-hermana-la-gestante-cobertura-total-de-la-fertilizacion-in-vitro-y-la-subrogacion-de-vientre-para-una-pareja-igualitaria/>