

## Doctrina

# La Perspectiva de género y la diversidad en la integración del jurado

## Ley de jurados de CABA



*Analía V. Reyes*

Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (F.C.J.S. - U.N.L.P.), Maestrando en Derecho Procesal en la F.C.J.S. - U.N.L.P., Docente de la materia Derecho Procesal 1 en la F.C.J.S. - U.N.L.P., Secretaria del Tribunal en lo Criminal Nº 4 del Dpto. Judicial de La Plata, Poder Judicial de la Provincia de Bs. As., Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal, Coordinadora del Área Alfabetización Jurídica-Democrática del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la F.C.J.S. - U.N.L.P., Coordinadora del Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación de la Universidad del Este.

**SUMARIO:** I. La Ley de jurados de CABA. — II. La 6ª Enmienda. El derecho a la representatividad del jurado. — III. La discriminación racial en la integración del jurado. Listados de posibles jurados. Recusaciones con causa (excepción el jurado del caso “Floyd”). — IV. Recusaciones sin causa basada en prejuicios raciales. La regla de Batson. — V. La aplicación de la regla de Batson en casos de discriminación contra la comunidad LGBT (cuando la acusación se base en un prejuicio de género o en el caso se encuentre involucrado prejuicio de género). — VI. Mejores prácticas para el *voir dire*. — VII. Desafíos en la Argentina: No hay registros oficiales de población de distintas identidades ¿Cuál es la cantidad de personas de identidades distintas a varón, mujer? — VIII. Bibliografía consultada para la realización del trabajo.

### I. La Ley de jurados de CABA

La aprobación de la ley de jurados de CABA —ley 6451— suma una jurisdicción más al listado de provincias que han cumplido con el histórico triple mandato constitucional de que todos los juicios criminales deben ser terminados por jurados.

De esta manera la ciudad de Buenos Aires consagra la participación de la ciudadanía en la justicia concretando una profunda reforma en el Poder Judicial en vistas de su democratización.

El jurado como institución democrática genera confiabilidad y transparencia en ámbito de los procesos judiciales, a la vez que mejora el litigio de los operadores judiciales asegurando el sistema de tipo acusatorio y adversarial, caracteres estos que otorgan legitimidad a la decisión como resultado de un proceso justo.

A su vez, no otra modalidad de administración de justicia resguarda en tan elevado nivel, la imparcialidad del juzgador y la racionalidad en la toma de decisión. Son numerosos los controles que se encuentran previstos en el sistema de jurados para que el veredicto sea la decisión más ajustada a la prueba producida, la ley aplicable y la justicia del caso de acuerdo con el sentido común de la comunidad.

Cabe destacar que la CABA no solo implementó el juicio por jurados sino que

además, sancionó una ley de primer nivel mundial que recepta sus caracteres esenciales, esto es, el número de doce miembros, la unanimidad y la irrecurribilidad de su veredicto de no culpabilidad y, en lo relativo a la integración del panel del jurado contiene una previsión que resulta superadora de las regulaciones vigentes en países del sistema del *common law* en el objetivo de asegurar una mayor representatividad y diversidad en el jurado.

Al igual que la Provincia del Chaco que consagró en su ley de jurados la integración del panel con miembros de las comunidades indígenas lo que tampoco tiene antecedentes en el *common law*, la CABA avanzó sobre el resto de las jurisdicciones que vienen implementando el juicio por jurados en lo relativo a la diversidad de su integración con igual cantidad de varones y mujeres, y estableció en su art. 13 que el tribunal de jurados será integrado con 12 miembros titulares y dos suplentes como mínimo, dispone que cinco deberán ser mujeres y otros cinco, varones.

Tal como lo explica Harfuch (2021), en un actual trabajo publicado (1), la previsión normativa se trata de una gran innovación en lo relativo a “el respeto a identidades no binarias y diversidades sexuales en la integración de los tribunales de jurados”. En efecto, de acuerdo con esta regulación existe la posibilidad de que dos lugares del tribunal puedan ser ocupados

por personas no binarias, es decir, aquellas que no se identifiquen bajo la dicotómica clasificación de identidad mujer y varón, como así, por otras personas con identidad diversa.

Hasta la fecha ninguna otra ley que, ha consagrado y regulado en las provincias el juicio por jurados que, reitero, manda nuestra Constitución Nacional (arts. 24, 75 inc. 12 y 118), estas son las provincias de Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, Chaco, Entre Ríos, Río Negro, Mendoza, Chubut y San Juan; ha contemplado la diversidad de género en la integración del jurado superando la tradicional distinción entre identidades de género mujer y varón que, a esta altura del desarrollo de nuestra cultura y sistema normativo, sabemos no son las únicas y que, existen personas que no se identifican bajo ninguna de las posibles variantes o que, a lo largo de su vida pueden oscilar entre las diversas identidades.

El concepto de identidad de género es muy complejo. Para empezar a referirnos a él tenemos que partir de su diferenciación del sexo biológico aclarando también, que el sexo biológico tampoco puede ser reducido a la diferenciación entre mujer y varón puesto que hay otras realidades biológicas como, por ejemplo: intersexuales que presentan caracteres de ambos sexos, es decir, aquellos que tradicionalmente son adjudicados a varones y mujeres.

Desligada la identidad de género de una raíz biológica es necesario comprender que esta es una construcción subjetiva, es

una percepción y sentir de cada persona acerca de su identidad. No se trata de la atribución que otra persona realiza acerca de la identidad ya sea, por la realidad biológica o por la expresión de género, sino lo que cada persona siente internamente como identidad. De ahí que, una persona puede tener una identidad de género no coincidente con el sexo biológico a la vez que, puede variar respecto de su expresión de género y de la atribución de género que realizan otras personas. Por otro lado, también es necesario diferenciarla respecto de la orientación sexual (la atracción que se siente hacia otras personas por ej. heterosexuales, homosexuales, bisexuales, pansexuales).

Las distintas identidades de género son construcciones de la cultura, esto significa que la tipología y los diferentes caracteres que se asocian a cada una son construcciones sociales. Entre las distintas variantes podríamos mencionar: Mujeres, varones, travestis, transexuales y trans. A su vez, para poner de relieve la complejidad del tema puedo mencionar que algunas personas travestis se identifican como mujeres y otras, bajo la identidad travesti o ambas y así, puede ocurrir con las diversas categorías, a saber, mujeres y varones trans. También, hay orientaciones sexuales que se sostienen como identidad como las personas *gays* y lesbianas. Finalmente, como ya fue señalado líneas arriba las personas no binarias que no se identifican bajo las categorías antes mencionadas.

La innovación de la ley de CABA no es casual, tiene un reciente antecedente normativo que es el decreto presidencial

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) HARFUCH, Andrés (2021). Acerca de la ley de jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Erreiur

on line. IUSDC3288631A. Recuperado en octubre de 2021 de: <http://www.juicioporjurados.org/2021/10/doctrina-acerca-de-la-ley-de-jurados-de.html>.

complejidad. Peligro en la demora. Procedencia. *JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24/06/2021. - C., V. D. y otros c. OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos.*

**Gestación por sustitución**  
El Derecho a formar una familia ¿Principio de igualdad y no discriminación?  
*María Alejandra Capolongo* 5  
**Última instancia** 8

### Nota a fallo

#### Gestación solidaria

Pareja conformada por personas del mismo sexo. Amparo de salud. Cobertura médica. Reproducción asistida de alta

476/2021 publicado en el Boletín Oficial el 27 de julio del corriente año 2021 que tuvo por fin dar cumplimiento a la ley nacional 26.743 sobre identidad de género (2) que consagró —en sintonía con la normativa convencional— el derecho de toda persona al reconocimiento, el libre desarrollo y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género la cual definió en su art. 2° de la siguiente manera:

“Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

El referido decreto presidencial, justamente, lo que determinó en su art. 2° es la “utilización en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para argentinos en el campo referido al “sexo” podrán ser ‘F’ —Femenino—, ‘M’ —Masculino— o ‘X’”. Y en el art. 4°, definió que “la nomenclatura ‘X’ en el campo ‘sexo’ comprenderá las siguientes acepciones: No binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”.

De esta manera, la ley de jurados de CABA nos posiciona mundialmente como un país promotor y garantizador de la diversidad y, en esta ocasión, en un ámbito como la justicia donde precisamente existe discriminación basada en el género tanto, en su composición (empleados/as, funcionarios/as y magistrados/as) como en sus prácticas diarias a través del trato que dispensa a quienes utilizan el servicio de justicia y los distintos actos de los representantes profesionales (abogados/as) mediante los cuales se manifiestan (dictámenes, resoluciones, sentencias).

Sabemos que nuestra Constitución Nacional consagró el juicio por jurados tomando como referencia y ejemplo, el modelo de justicia norteamericana de ahí que, siempre es tan importante conocer cómo es su funcionamiento en aquel país referente del sistema del *common law*. Con esto quiero decir que la elección del sistema de juicio por jurados en Norteamérica tiene una justificación y esa justificación no puede pasar desapercibida para nosotros porque es la que tuvieron en cuenta nuestros constitucionalistas para traer ese modelo a nuestro margen.

Me refiero a la ya mencionada democratización de la justicia que implica la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, a la consideración de que la decisión de un caso (civil/penal) implica una decisión política y eso garantiza su justicia en términos de equidad. Esto último quiere decir que la decisión de la ciudadanía impregna al caso del sentimiento de la comunidad, o sea, una sección representativa de la comunidad determina de acuerdo con la evidencia, la ley aplicable y su sentido común lo que es justo.

En los casos penales es un derecho del acusado a ser juzgado por sus pares con la finalidad de evitar la opresión de las au-

toridades estatales (fuerzas de seguridad, fiscales, judicatura) o la aplicación de leyes injustas (la *jury nullification* es un poder de hecho del jurado porque su veredicto de no culpabilidad es inapelable y hace cosa juzgada material).

La 6ª Enmienda de la Constitución Norteamericana es la que consagra el mencionado derecho y es la que asimismo, garantiza que el jurado sea una muestra representativa justa de la comunidad ello, conlleva que la integración del jurado debe reflejar esa representatividad para asegurar el derecho al juicio por jurados en su esencia: El juzgamiento por los pares.

La diversidad de la integración del jurado tal como lo demuestran diversos estudios empíricos realizados en aquel país, garantiza esa representatividad y asegura una mayor calidad en la decisión. En ese sentido, se ha detectado que la participación de personas provenientes de diversos contextos determina una mayor deliberación, o sea, las deliberaciones son más largas en cantidad de tiempo, esto teniendo en cuenta otra característica esencial del jurado que es la unanimidad de su veredicto (tanto para la culpabilidad como para la no culpabilidad).

También la diversidad asegura la legitimidad de la decisión en términos de confiabilidad y credibilidad, justamente por la mayor calidad de deliberación no solo en términos de tiempo sino en la calidad de los debates, donde todas las voces (mayorías, minorías sociales) deben ser escuchadas para arribar al veredicto. Cada persona que participa en el jurado implica el aporte de su experiencia de vida, de sus puntos de vista que se encuentran formados a partir de su desarrollo en un contexto social determinado.

En Estados Unidos la representatividad del jurado se encuentra en crisis debido a los graves problemas de discriminación racial que posee la sociedad. Justamente en este punto es donde nuestro sistema de juicio por jurados que estamos consagrando y desarrollando, se posiciona superador de aquel que le dio origen. A continuación, haré algunas breves referencias para explicar los fundamentos de estas afirmaciones.

## II. La 6ª Enmienda. El derecho a la representatividad del jurado

La 6ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que “en todos los enjuiciamientos penales, el acusado gozará del derecho a un juicio por un jurado imparcial...” La imparcialidad del jurado es la garantía que preserva la libertad individual de la persona acusada respecto de un eventual ejercicio arbitrario de la acusación estatal.

La audiencia de *voir dire* es el proceso previo al juicio donde las partes, fiscalía y defensa determinan si un candidato a jurado puede ser imparcial. En esta audiencia también llamada de selección de jurados, la fiscalía, la defensa y también el juez (en los Estados Unidos) interrogan a los candidatos a miembros del jurado para identificar posibles sesgos, prejuicios o conflictos de intereses que puedan afectar su imparcialidad.

Cuando alguna parte identifica posibles prejuicios en algún candidato/a, ese/a jurado puede ser recusado “por una causa”, mientras que, las recusaciones sin causa son aquellas que emplean los litigantes sin esgrimir motivos para provocar la exclusión del posible jurado.

Uno de los problemas que afecta la imparcialidad en la constitución de los ju-

rados en los Estados Unidos es la falta de representación que tienen ciertos grupos como las personas afroamericanas y las mujeres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Taylor vs. Louisiana” —419 US 522, 528 (1975)— estableció que “La selección de un *petit jury* de una sección representativa de la comunidad es un componente esencial del derecho de la 6ª Enmienda a un juicio por jurado”. De ahí que, la exclusión sistemática de aquellos grupos viola la garantía a un juicio por jurados representativo. El jurado representativo es el que refleja la demografía de la comunidad.

En ese fallo, asimismo, se estableció que los propósitos de la garantía son: 1) “proteger contra el ejercicio del poder arbitrario” y asegurar que el “El juicio de sentido común de la comunidad” actuará como “una protección contra el fiscal demasiado entusiasta o equivocado”; 2) preservando la “confianza pública en la equidad del sistema de justicia penal”; y 3) implementando nuestra creencia de que “compartir en la administración de justicia es una responsabilidad cívica”.

En el caso “Duren vs. Missouri” —439 US 357, 364 (1979)— la Corte estableció que para determinar si en un caso ha sido violado el requisito de representatividad del jurado, la persona acusada debe demostrar: 1) que el grupo presuntamente excluido es un grupo “distintivo” en la comunidad; 2) que la representación de este grupo en los lugares de los que se seleccionan los jurados no es justa y razonable en relación con el número de tales personas en la comunidad; y 3) que esta subrepresentación se debe a la exclusión sistemática del grupo en el proceso de selección del jurado.

Los grupos distintivos han sido identificados en diferentes casos: afroamericanos en “Peters vs. Kiff”, 407 US 493 (1972), Mujeres en “Duren vs. Missouri” y “Taylor vs. Louisiana”, Mexicoamericanos en “Castaneda vs. Partida”, 430 US 482 (1977).

Las distintas Cortes de Apelación hacen casi imposible que la persona acusada demuestre que la representación insuficiente en el grupo de jurados es lo suficientemente “significativa”. Aquellas establecen la diferencia entre el porcentaje de un grupo en particular en la comunidad y el porcentaje de ese grupo en el jurado, la cual denominan “disparidad absoluta”. De acuerdo con esta, para que un tribunal determine que un grupo está significativamente subrepresentado, la disparidad absoluta generalmente debe ser superior al 10%. Así fue establecido en los casos “Swain vs. Alabama”, 380 US 202, 208-09 (1965); “Floyd vs. Garrison”, 996 F.2d 947, 950 (8° Cir. 1993); “Estados Unidos vs. Grisham”, 63 F.3d 1074, 1078-79 (11° Cir. 1995); “Estados Unidos vs. Tuttle”, 729 F.2d 1325, 1327 (11° Cir. 1984); “Estados Unidos vs. Butler”, 611 F.2d 1066, 1069-70 (5th Cir. 1980). La regla tradicional es que la disparidad absoluta debe exceder un umbral del 10% para que sea constitucionalmente sospechosa.

Sin perjuicio del referido porcentaje, los tribunales de apelación también exigen que exista evidencia explícita de discriminación racial intencional o prueba de que una práctica “sistemática” específica causa una representación insuficiente o subrepresentación, situación que es muy difícil de acreditar debido a las dificultades para acceder a los registros del jurado y por otro lado, el criterio de las Cortes usualmente es que los factores que influyen en la subrepresentación, como los patrones de votación, el acceso a las licencias de conducir y el estatus socioeconómico no constituyen una práctica sistemática.

## III. La discriminación racial en la integración del jurado. Listados de posibles jurados. Recusaciones con causa (excepción el jurado del caso “Floyd”)

Una de las razones por las cuales los jurados carecen de representatividad en los Estados Unidos se encuentra en las listas que sirven de fuente para la selección de los posibles candidatos.

En efectos, muchos de los Estados extraen a sus jurados potenciales de la combinación de listas de registro de votantes y registros de conductores con licencia. El problema es que las primeras tienden a estar constituidas por personas mayores, blancas y con mayor poder adquisitivo mientras que las segundas, tienen una subrepresentación de personas afrodescendientes por cuanto es menor la cantidad de miembros de este grupo racial que detentan tal calidad por cuanto asimismo, poseen porcentualmente un menor poder adquisitivo (Un estudio del año 2005 en Wisconsin encontró que, si bien alrededor del 80% de los residentes blancos tenían licencias de conducir, solo la mitad de los residentes afroamericanos y latinos las tenían).

También algunos Estados no permiten la participación de personas que están encarceladas o que tienen antecedentes de delitos graves o delitos menores lo que ha identificado la exclusión de más de 20 millones de personas mayormente afroamericanas y latinas.

Pero además de las listas que sirven de fuente, otro problema de discriminación se encuentra en el proceso de selección durante la audiencia de *voir dire* donde los candidatos a jurados afroamericanos son recusados con y sin causa en mayor medida que los candidatos a jurados blancos.

Distintos estudios revelan esa disparidad en el ejercicio de las recusaciones con y sin causa. En Carolina del Norte, por ejemplo, un estudio llevado a cabo sobre 1300 juicios por delitos graves y casi 30.000 posibles jurados, determinó que los jueces de primera instancia tenían un 30% más de probabilidades de eliminar a los posibles jurados afroamericanos por causa justificada que los posibles jurados blancos.

También, otro reciente estudio realizado el pasado año 2020 sobre recusaciones por causa utilizadas en casi 400 juicios penales en Louisiana y Mississippi demostró que los posibles jurados afro tenían más de tres veces más probabilidades que los posibles jurados blancos de ser excluidos por los fiscales por una causa. Asimismo, surge que los fiscales de Louisiana utilizaron el 58,9% de sus impugnaciones por causa para destituir a los posibles jurados afro y en Mississippi, utilizaron el 79,5% de sus impugnaciones.

Generalmente, la fiscalía realiza preguntas durante la audiencia de selección de jurados tendientes a que estos reconozcan haber sido víctimas de prejuicios raciales, haber experimentado discriminación racial o tener preocupaciones sobre la confiabilidad del sistema de justicia penal.

La profesora de la *Wesleyan University*, Sonali Chakravarti escribió un artículo acerca de las particularidades del jurado del reconocido caso “Floyd” en el que se encontraba acusado el oficial de policía Derek Chauvin del asesinato del afroamericano George Floyd en el marco de una actuación abusiva de la fuerza policial.

Lo que describe en el referido trabajo es que el proceso de selección del jurado se

(2) Ley 26.743. Sancionada: 9 de mayo de 2012. Promulgada: 23 de mayo de 2012. Publicada en BO: 24 de mayo de 2012.

apartó de las prácticas usuales quedando el panel definitivo integrado con diversidad racial y jurados que habían realizado manifestaciones críticas respecto de la actuación de la policía en virtud de la sistemática discriminación contra la población afroamericana.

La autora describe que varios candidatos a jurados fueron entrevistados en la audiencia de *voir dire* en la cual afirmaron estar familiarizados con el caso como así, que habían visto el video que registró la muerte de George Floyd, no obstante, fueron mantenidos como posibles jurados, lo que considera muestra un camino hacia una mayor representatividad democrática en los tribunales de los Estados Unidos.

El jurado definitivo en el caso Chauvin estuvo integrado por cuatro personas afroamericanas, dos personas que se identifican como mestizas y seis personas blancas. La profesora Chakravarti destaca que para lograr esta constitución fue crucial la actuación del juez Cahill quien dirigió el debate.

En ese sentido, el magistrado estableció un criterio de inclusión durante la selección del jurado en el que hizo hincapié en la totalidad de las respuestas de cada jurado y no se centró en declaraciones individuales para determinar si un jurado estaba calificado o no para servir. Consideró más allá que los miembros del jurado tuvieran fuertes sentimientos sobre la muerte de Floyd, que lo más importante era la voluntad del jurado de asumir las responsabilidades del juicio. En el juicio de Chauvin, no se trataron las críticas al prejuicio racial en el sistema legal como algo que inherentemente inhabilitaría al jurado.

Al respecto también se señala que durante la audiencia de *voir dire*, varios miembros del jurado hablaron sobre sus propias experiencias con la violencia policial, y esos relatos no fueron descalificadores, como casi con certeza lo habrían sido en otros juicios. A menudo ese tipo de experiencias los convierten a los jurados afrodescendientes en inelégibles para servir como jurados.

En el juicio contra el policía Derek Chauvin además se destaca la cautela de los abogados de la fiscalía y la defensa en el empleo de las recusaciones con y sin causa, quienes tampoco las emplearon argumentando tales circunstancias. Todo lo cual, derivó en la constitución de un jurado racial y políticamente mixto.

El criterio del juez Cahill fue reconocer que los miembros del jurado en el juicio por la muerte de Floyd podrían tener puntos de vista sobre la realidad del racismo sistémico y sus profundos costos morales, no obstante, aún podían desempeñar su papel como jurados imparciales. El límite establecido por el magistrado fue que un jurado que está demasiado convencido de la culpabilidad del acusado antes de escuchar la evidencia, no puede ser un jurado justo. Esto último fue lo que ocurrió, por ejemplo, con el candidato número 120 quien, durante el interrogatorio inicial del juez, le repreguntó si tenía hermanos a lo que el magistrado le respondió afirmativamente y luego jurado 120 le describió una analogía que señaló le venía a la mente cuando pensaba en Chauvin: “Así que estás peleando con tus hermanos. Si uno de tus hermanos dice: ‘Me rindo, etc., etc.’, te detienes, ¿verdad? ... Tienes que detenerte cuando alguien dice: ‘No más’”. Esto motivó su exclusión del panel de posibles jurados.

De acuerdo con este análisis, la manera de asegurar que los jurados afroamerica-

nos no sean sistemáticamente excluidos por causa justificada, los tribunales deben reconocer sus experiencias en el contexto de la historia de esclavitud, segregación e intolerancia racial y que la perspectiva de las personas que han sido desfavorecidas en la sociedad estadounidense no es una causa justificada para la exclusión, por el contrario, su participación se debe asegurar para garantizar la confiabilidad y justicia del sistema.

#### IV. Recusaciones sin causa basada en prejuicios raciales. La regla de Batson

Además de las recusaciones con causa, la fiscalía y la defensa utilizan las ya mencionadas recusaciones sin causa para excluir a los jurados afroamericanos. Esto ha sido reconocido como práctica sistemática por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Batson vs. Kentucky” (1986).

En el referido precedente la Corte Suprema estableció una regla de tres pasos para que la persona acusada pueda acreditar que la recusación sin causa estuvo fundada en discriminación. En ese sentido se sostuvo que la exclusión de una persona del jurado por motivos de raza es inconstitucional.

El primer paso de esta regla requiere que la persona acusada impugne la recusación efectuada de un miembro del jurado alegando discriminación racial y demostrar que los hechos permiten inferir que la fiscalía excluyó al miembro del jurado por motivos de raza. A esto se le llama un “caso *prima facie*” de discriminación, y si se establece un caso *prima facie*, el tribunal pasa al paso dos.

En el segundo paso, la carga se traslada al fiscal para proporcionar “una explicación neutral” para la recusación que no se base en la raza. Respecto de este segundo paso se sostiene que es un requisito fácil de superar por la fiscalía y que los tribunales no deben exigir que la razón sea persuasiva ni plausible.

Finalmente, en el paso tres, el tribunal de primera instancia debe decidir, basándose en la totalidad de las circunstancias, si la persona acusada ha establecido una “discriminación intencionada” o si el motivo fue simplemente un pretexto para la discriminación racial, es decir que el juez de primera instancia evalúe la credibilidad de la fiscalía respecto del motivo esgrimido para la recusación sin causa.

Lamentablemente, la práctica cotidiana es que a pesar de la Regla de Batson, la Fiscalía continúa desarrollando la práctica discriminatoria de exclusión sistemática de jurados afroamericanos y que, inclusive generan capacitaciones oficiales para entrenar a los y las fiscales para proporcionar razones neutrales en cuanto a raza para el ejercicio de las recusaciones sin causa contra personas afro.

Distintos estudios que se han llevado a cabo en los Estados Unidos también demuestran que la fiscalía frecuentemente utiliza estereotipos y prejuicios raciales sobre los jurados para justificar las recusaciones en más del 40% de los casos.

Cabe destacar que la Ley de Derechos Civiles de 1875 estableció que es un delito federal excluir a cualquier ciudadano de un jurado por motivos de raza, sin embargo, no existen casos de condena por esta infracción.

Otra dificultad en la aplicación de la Regla de Batson es que no es frecuente que las Cortes de Apelaciones hagan lugar a las impugnaciones. En ese sentido, existen antecedentes donde la fiscalía utili-

zó el 80% de sus huelgas para destituir a los posibles jurados afro y, no obstante, no se consideró en el caso la existencia de prejuicios raciales (“Graham contra el Estado”, 299 So. 3d 273, 298-99, Ala. Crim. App. 2019).

En cuanto a obstáculos procedimentales también se encuentra el requisito de que el reclamo de discriminación ilegal haya sido presentado por el abogado litigante en el juicio y sea correctamente planteado en la apelación, caso contrario las cortes declaran inadmisibles el reclamo. Esto fue lo que ocurrió en el caso “Tarver”, un afroamericano que había sido declarado culpable y sentenciado a muerte por el asesinato del dueño de una tienda en Russell, Alabama, a pesar de existir evidencia que los analistas de caso califican de “significativa” respecto de que el coimputado era el responsable de haber efectuado los disparos que causaron la muerte de la víctima.

Tarver, fue juzgado por un jurado de 11 jurados blancos y un jurado afro después de que la fiscalía usara 13 de sus 14 recusaciones para expulsar a los afroamericanos. Además, debe considerarse respecto de la representatividad que el condado de Russell era casi un 40% de raza afro en el momento del juicio.

En este caso, aunque se determinó que el fiscal violó la Regla de Batson el tribunal de apelaciones se negó a conceder la apelación porque la defensa no había objetado en el juicio y no planteó adecuadamente la cuestión en la apelación, por lo que, posteriormente, Tarver fue ejecutado en la silla eléctrica.

Pero el problema no solo proviene de las recusaciones de la fiscalía sino también de la inacción de las defensas que en general son reacias a acusar a los fiscales de prejuicios raciales de tal modo que, comparten la indiferencia de los fiscales y jueces por el valor de la diversidad en los jurados.

#### V. La aplicación de la Regla de Batson en casos de discriminación contra la comunidad LGBT (cuando la acusación se base en un prejuicio de género o en el caso se encuentre involucrado prejuicio de género)

Un debate actual en la academia norteamericana y en las Cortes de justicia de aquel país se ha generado en torno a la necesidad de extender la Regla de Batson respecto del uso de las recusaciones sin causa para excluir posibles jurados por razón de su identidad de género.

En ese sentido, no solo se han registrado en estudios empíricos, el uso frecuente de recusaciones sin causa para excluir a las mujeres de los paneles de jurados sino también, para evitar la integración con otras identidades de género como personas transgéneros, transexuales, travestis, gays, lesbianas.

Actualmente, se presentan casos en la justicia penal donde pueden estar involucradas personas del colectivo LGBT+ que podrían resultar acusadas en un proceso como consecuencia o sobre la base de un prejuicio de género o han sido víctima debido a este factor de identidad en el que resulta necesaria la participación de personas de ese mismo colectivo LGBT+ para garantizar la diversidad del jurado y que este resulte una muestra representativa de la comunidad justa.

El planteo puede ser analizado tanto desde el derecho de la persona acusada a un juicio justo e imparcial y en ese sentido, a un jurado representativo, pero también, como un derecho de las personas que integran el colectivo LGBT+ a participar en

el jurado. Esto último, teniendo en cuenta que la participación de la ciudadanía en la justicia es un derecho cívico.

La Corte Suprema de los Estados Unidos sentó las bases para proteger a los jurados transgénero y no conformes al género en el caso “JEB vs. Alabama ex rel. TB”, 3030 511 US 127 (1994).

En el caso “JEB c. Alabama ex rel. TB”, la Corte extendió el alcance de Batson al uso de las recusaciones sin causa basadas en el género. En este precedente la Corte tuvo en consideración la exclusión histórica de las mujeres de los jurados y los numerosos estereotipos que eran sostenidos para justificar esa exclusión como por ejemplo “Se pensaba que las mujeres eran demasiado frágiles y virginales para soportar la atmósfera contaminada de la sala de audiencias”. Con base en ello, la Corte consideró que, debido a ese historial de discriminación sexual, las exclusiones basadas en el género están sujetas a un mayor control y requieren “una justificación sumamente persuasiva” para ser permitidas.

La Corte también sostuvo que “La discriminación en la selección del jurado, ya sea por motivos de raza o de género, causa daño a los litigantes, la comunidad y los miembros del jurado individuales que están injustamente excluidos de la participación en el proceso judicial... Cuando son ejercidos por actores estatales, las recusaciones sin causa basadas en estereotipos de género ‘refuerzan las opiniones prejuiciosas sobre las capacidades relativas de hombres y mujeres’ y, por lo tanto, socavan la legitimidad judicial y el respeto por el estado de derecho. Además, tales impugnaciones lesionan a las personas excluidas al marcarlas como no aptas para participar en decisiones importantes dentro de la sala del tribunal”.

En orden a la orientación sexual la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito se pronunció en el caso “SmithKline Beecham Corp. vs. Abbott Laboratories” (740 F.3d 471, Noveno Cir. 2014), donde se sostuvo que el uso de las recusaciones sin causa basadas en la orientación sexual es inadmisibles: “Batson se aplica a las recusaciones sin causa basadas en la orientación sexual”. En este caso, el abogado de SmithKline Beecham había cuestionado sobre la Regla de Batson una recusación sin causa realizada por la contra parte Abbott alegando que esta había sido empleada indebidamente contra un jurado porque era o parecía ser gay. El juez de primera instancia no hizo lugar al planteo, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revisó la aplicación de la Regla de Batson y determinó que Abbott había recusado al Jurado sobre la base de su orientación sexual. Para tomar esta decisión, el tribunal examinó la cuestión de si Batson permitía las recusaciones sin causa por motivos de orientación sexual y para ello interpretó los factores que habían sido expuestos en el caso “Estados Unidos vs. Windsor” (133 S. Ct. 2675, 2013), donde se había determinado que la negativa del gobierno federal a reconocer los matrimonios de parejas del mismo sexo era violatoria de la Cláusula del debido proceso de la 5ª Enmienda. De esta manera se sostuvo que Batson se aplica a recusaciones sin causa efectuadas sobre la base de la orientación sexual.

Se destacan de este pronunciamiento distintas determinaciones que nos permiten comprender el derecho de todas las personas a integrar el panel de jurados. En este caso, la Corte explicó que la decisión “refuerza la urgencia constitucional de garantizar que las personas no sean excluidas de nuestras instituciones más fundamentales por su orientación sexual”. Asimismo, destacó que “el servicio de jurado es una

de las responsabilidades más importantes de un ciudadano estadounidense”, “para la mayoría de los ciudadanos el honor y el privilegio de servir como jurado es su oportunidad más importante para participar en el proceso democrático”, el servicio de jurado “brinda a las personas homosexuales y lesbianas un medio para articular sus valores y una voz en la resolución de controversias que afectan sus vidas, así como las vidas de todos los demás”. Finalmente, el tribunal razonó que permitir recusaciones sin causa por supuestos basados en la orientación sexual es “revocar esta responsabilidad cívica, menospreciar la dignidad de la persona y amenazar la imparcialidad del sistema judicial”.

El pronunciamiento en el caso “SmithKline Beecham Corp. vs. Abbott Labs”, se convirtió en el primer precedente de un tribunal federal en dictaminar que los jurados no pueden ser descalificados por su orientación sexual.

## VI. Mejores prácticas para el *voir dire*

Teniendo en cuenta la frecuente práctica discriminatoria en la audiencia de selección de los jurados, en el sistema norteamericano se han elaborado guías con la finalidad de brindar ayuda a los litigantes para abordar los prejuicios tanto explícitos como implícitos durante la selección del jurado e impugnar el uso discriminatorio de las recusaciones sin causa.

Para lograr una constitución justa e imparcial del jurado es necesario que los litigantes puedan excluir a aquellas personas candidatas que expresen un sesgo o prejuicio. En ese sentido, algunas personas abiertamente admiten poseer esos prejuicios mientras que otras no y algunas ni siquiera son conscientes de que los tienen (porque son implícitos). Usualmente, los litigantes tienen un número que va de tres a seis recusaciones sin causa que pueden emplear con estos fines cuando las recusaciones con causa no son atendidas por el juez director del juicio.

Las guías sirven a los litigantes para ayudarles en su desempeño durante la audiencia de *voir dire* y así descubrir las personas que no son imparciales frente al caso. Ciertas recomendaciones mencionadas en estas guías sugieren la realización de preguntas indirectas, algunas veces brindando al posible jurado la oportunidad de responder en privado (a través de un cuestionario o fuera de la presencia de las otras personas).

Con referencia a preguntas que se sugieren para descubrir sesgos anti LGBT+ se hace mención de ciertos estudios que muestran que las personas que tienen amigos cercanos que son LGBT tienden a demostrar menos sesgos anti-LGBT, mientras que tener un pariente LGBT no es necesariamente un buen indicador. Los cuestionarios de muestra para el sesgo anti-LGBT ilícito pueden incluir preguntas como: ¿Tienes amigos cercanos que sean lesbianas, gays, bisexual o transgénero?, ¿Cómo te sentirías si una pareja del mismo sexo se mudara a la siguiente puerta a ti?, ¿Cómo te sentirías si tuvieras que trabajar con alguien que es lesbiana, gay, bisexual o transgénero?

También se mencionan investigaciones que demuestran que los jurados que se describen a sí mismos como “políticamente conservadores” tienden a tener actitudes más anti-LGBT. Por lo tanto, sugieren estos tipos de preguntas: “Políticamente, ¿es usted liberal, intermedio o conservador?”.

Finalmente, otro dato revelador son las actitudes sobre cuestiones de derechos

LGBT, por lo que pueden emplearse preguntas como: “¿Cree que los empleadores deberían poder negarse a contratar alguien debido a la orientación sexual de la persona o identidad de género?, ¿Qué tan cómodo se siente con parejas del mismo sexo que crían niños juntos?”.

Otro dato para tener en cuenta es que ciertas preguntas que los litigantes realizan a los jurados pueden resultar discriminatorias o invasivas de su privacidad, como por ejemplo indagar sobre la orientación sexual de los jurados. De ahí que la realización de preguntas indirectas para identificar sesgos resultan ser una buena práctica que no genera daños en los posibles jurados, respetando su dignidad y personalidad.

La exclusión del jurado de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) viola los derechos de las personas LGBT cuyos casos penales o civiles son sometidos a los tribunales a la vez que afectan la confianza pública en la administración de la justicia de ahí el interés en el sistema norteamericano de revertir cualquier tipo de práctica discriminatoria que afecte una de sus instituciones referentes del modelo democrático, como lo es el jurado.

## VII. Desafíos en la Argentina: No hay registros oficiales de población de distintas identidades ¿Cuál es la cantidad de personas de identidades distintas a varón, mujer?

En nuestro país, el planteo del problema es diverso a lo que ocurre en el sistema norteamericano. En primer lugar, porque como señalamos líneas arriba, las distintas leyes que han consagrado el sistema de jurados determinan inicialmente una composición del jurado que asegure una equidad de género respecto de identidades mujeres y varones. La ley de CABA avanza, puesto que deja dos lugares sin identificar el género de las personas que puedan ocuparlos.

En Argentina, las distintas leyes conforman las listas de posibles jurados a partir del cuerpo de electores (padrón) y de acuerdo con la distinción dicotómica entre varones y mujeres. Sin lugar a duda, en términos de diversidad esta previsión, asegura una mayor representatividad que los métodos elegidos en los Estados Unidos cuyas críticas ya han sido expuestas por cuanto generan menor participación de ciertas razas, sectores sociales e identidades de género.

En el sistema norteamericano el proceso de *voir dire* es la herramienta por excelencia para garantizar esa muestra representativa justa de la comunidad que implica el jurado, aunque como vimos, el uso de recusaciones muchas veces tiene efectos contrarios.

Nosotros partimos de una integración más igualitaria, tanto por la mencionada fuente de jurados que son las listas del padrón electoral, como por el sorteo de igual cantidad de mujeres y varones y la constitución definitiva, tras el *voir dire*, que debe respetar esa igualdad.

El desafío para la Argentina en este escenario que, reitero, sin dudas nos sitúa con una legislación y consagración del jurado más igualitaria que en los Estados Unidos, es de qué manera asegurar que esa muestra representativa de la comunidad refleje a otras identidades diversas a las de mujeres y varones. En ese aspecto, la ley de CABA con su novedosa regulación es una posibilidad.

Los problemas se presentan cuando en un caso se encuentre involucrado el tra-

tamiento de asuntos vinculados al género, por ejemplo, porque exista una acusación que puede estar basada en un prejuicio de género o porque el acusado o la víctima poseen una identidad de género diversa a la de mujer o varón o, son personas con identidad no binaria.

En esos casos, ¿existe un derecho de la persona acusada a la integración del jurado con personas de la misma identidad de género u orientación sexual? Por ejemplo, un crimen donde acusado y víctima son una pareja homosexual. ¿Sería representativo un jurado que no se encuentre integrado por personas con esa orientación sexual?

Si respondiéramos al interrogante planteado de modo de que esa integración con diversidad forma parte del derecho al juicio por jurados, se presenta otra dificultad cual es de qué manera aseguramos esa integración teniendo en cuenta que no existen registros oficiales, o mejor dicho confeccionados por el Estado, que determinen la cantidad de personas que se identifican bajo otras identidades diversas a las de varón y mujer. En efecto, los padrones electorales no poseen esta distinción.

En ese sentido, recién este año, se reguló la posibilidad de identificación X. Por ejemplo, el último censo realizado en el año 2010 solo registró cantidad de mujeres y varones. Actualmente, únicamente las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto es la defensa de los derechos de las personas que integran la comunidad LGTBQ+ poseen registros, aunque limitados respecto de la cantidad de personas travestis, trans, gays, lesbianas, etc. ¿podrían, por ejemplo, emplearse estos registros para el sorteo de jurados representativos a falta de registros oficiales?

Otra pregunta que podríamos hacernos es cuál sería en términos cuantitativos la participación representativa si ni siquiera sabemos la cantidad de personas con otras identidades diversas a las de mujer y de varón que existen en la Argentina.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha establecido que la recopilación de datos y la profundización en el conocimiento de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y de género no conforme es una buena práctica para prevenir y erradicar la discriminación por razón del género. De ahí que, la ausencia de datos sobre cuál es la representatividad que tienen otras identidades diversas a las de varón y mujer genera conceptos erróneos sobre la realidad, por ejemplo, suponer que son un grupo minoritario las personas con una orientación sexual homosexual.

Establecer la representatividad demográfica no es un dato menor como vimos al analizar la composición del jurado en los Estados Unidos y la discriminación racial que sufren las personas afrodescendientes. En términos de identidad de género, es posible preguntarse si resultaría exigible la integración de un tribunal de jurados con un cupo mínimo de otras identidades y si ello, forma parte del derecho de la persona a un juicio por jurados, al juzgamiento por sus pares.

En mi opinión la evolución de nuestra cultura y legislación internacional y nacional nos lleva sin lugar a duda a empezar a incorporar estas complejidades en el sistema de administración de justicia para garantizar la igualdad. Puntualmente, en el juicio por jurados las distintas realidades de género deben ser contempladas y llevar a cabo acciones positivas para asegurar su

intervención. Ello forma parte de la esencia democrática que tiene la institución del jurado.

La ley de CABA ha receptado esa complejidad del género y ahora nos pone el desafío de estar a la altura de un correcto desempeño en el litigio por jurados con enfoque de género. La audiencia de *voir dire* no puede ser utilizada por los litigantes para generar prácticas discriminatorias sino para asegurar una integración del jurado justa e imparcial. La formación/capacitación en género de los y las litigantes como de los y las juezas que dirijan los debates es crucial para ello.

Seguramente, al igual que la ley de identidad de género redundó en mejoras en el efectivo y pleno goce de los derechos de las personas que integran el colectivo LGTBQ+ lo que ha sido observado y registrado por las organizaciones y asociaciones que históricamente se han conformado en la protección de sus derechos, la innovación de la ley de jurados de CABA en materia de integración con diversidad garantizará la aplicación de un enfoque de género en la justicia, en este caso, penal.

Un enfoque de género es un enfoque de derechos humanos. No hay justicia cuando las decisiones que se toman en el caso se encuentran influidas por prejuicios, sesgos y estereotipos que afectan la imparcialidad y por ende, implican un acto de discriminación. El enfoque de género es la consideración del contexto social e individual del caso y eso, solo se puede lograr cuando el juzgador lo conoce y lo considera al momento de tomar la decisión. Una adecuada representatividad y diversidad de la integración del jurado es un resguardo más para asegurar esa perspectiva de derechos humanos en la decisión del caso.

Por estas razones la ley de jurados de CABA debe celebrarse y constituirse en el modelo a seguir por el resto de las jurisdicciones en materia de integración del jurado. Es un avance significativo en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, reitero, sin precedentes en los modelos del *common law* que presenta a la Argentina en el marco de la comunidad internacional como un país comprometido con el respeto del derecho humano a la identidad de todas las personas.

## VIII. Bibliografía consultada para la realización del trabajo

BLACKEN, Christina. Crack rocks and Santa Claus: a conversation on the fallacy of stereotypes and the importance of jury duty. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://www.thenewquo.com/magazine/2016/12/14/crack-rocks-and-santa-claus-a-conversation-on-the-fallacy-of-stereotypes-and-the-importance-of-jury-duty>.

CHAKRAVARTI, Sonali (2021). The Chauvin Trial’s Jury Wasn’t Like Other Juries en The Atlantic. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/04/what-was-different-time/618735/>.

Cuadernillo de diversidad sexual de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recuperado en octubre de 2021 de: [https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cuadernillo\\_-\\_diversidad\\_sexual.pdf](https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cuadernillo_-_diversidad_sexual.pdf).

HARFUCH, Andrés (2021). Acerca de la ley de jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Erreius on line. IUSD-C3288631A. Recuperado en octubre de 2021 de: <http://www.juicioporjurados.org/2021/10/doctrina-acerca-de-la-ley-de-jurados-de.html>.

Informe sobre la situación de las personas trans en la Argentina. (2014). Fundación Huesped. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://www.huesped.org.ar/noticias/informe-situacion-trans/>.

Race and the Jury (EJI, 2021). Recuperado en octubre de 2021 de: <https://eji.org/report/race-and-the-jury/>.

Recopilación y gestión de datos como medio para fomentar la sensibilización acerca de la violencia y la discriminación

por motivos de orientación sexual o identidad de género (2019). Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Naciones Unidas. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://undocs.org/es/A/HRC/41/45>.

ROBERTS, Anna (2015). Asymmetry as Fairness: Reversing a Peremptory Trend en 92 WASH. U. L. REV. 1503. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://www.washul.edu/lawreview/vol92/iss6/6>.

TARM, Michael (2020). What is the Impact of Racially Diverse Juries? *The Appeal*. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://apnews.com/article/what-is-impact-racially-diverse-juries-explained-52b481dce-fef9e402379bab8c541e0a8>.

Wojcik, Mark E. (2019). Extending Batson to Peremptory Challenges of Jurors

Based on Sexual Orientation and Gender Identity. Recuperado en octubre de 2021 de: <https://commons.lib.niu.edu/handle/10843/21864>.

Páginas web visitadas

<http://www.juicioporjurados.org>.

<https://eji.org/criminal-justice-reform/>.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3145/2021

## Nota a fallo

### Gestación solidaria

Pareja conformada por personas del mismo sexo. Amparo de salud. Cobertura médica. Reproducción asistida de alta complejidad. Peligro en la demora. Procedencia.

1. - Se tiene por configurado el peligro en la demora, ya que los derechos reproductivos en juego merecen una solución urgente, puesto que el paso del tiempo sin tener acceso a las TRHA afecta la tasa de éxito de estos. Amén de implicar una

degradación en el campo psicofísico de la pareja. El tiempo transcurrido desde que la pareja amparista emprendió la búsqueda de su proyecto familiar revisiten entidad suficiente para que se torne necesaria la adopción de medidas dentro del bloque de legalidad, constitucional y convencional existente.

2. - El pretendido silencio, al omitir incluir la gestación por sustitución en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, no se advertiría como equivalente a su prohibición.

Tal silente proceder legislativo es colmado de sentido en virtud del elenco de derechos que amparan la cuestión a su resguardo.

3. - Negar los beneficios que la cobertura de la gestación por sustitución solicitada representaría ante el anhelo de ser padres y procrear para los amparistas, se erigiría en una afrenta a la no discriminación en virtud del sexo.

JContencioso administrativo y Trib. Nro. 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

24/06/2021. - C., V. D. y otros c. OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96528/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

# Gestación por sustitución

## El Derecho a formar una familia ¿Principio de igualdad y no discriminación?



María Alejandra Capolongo

Abogada (UNR), Especialista en Derecho de Familia (UNR) Adscripta en la Cátedra de Derecho Civil V Derecho de las Familias (UNR).

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Los Hechos. — III. Derecho a Formar una Familia. — IV. Derecho a la Salud. — V. Principio de Igualdad y no Discriminación. — VI. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como causa fuente filial. — VII. Gestación por sustitución. Silencio normativo. ¿Necesidad de su regulación? — VIII. La Voluntad Procreacional como elemento determinante de la filiación por TRHA. — IX. Cobertura Médica de los Tratamientos de Procreación Humana Asistida. La Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/2013. — X. Conclusión. — XI. Palabras de cierre.

### I. Introducción

A modo de inicio al fallo que comentaremos, tomamos como disparador de este las palabras de Daniel Borrillo (1), quien sostiene: "...De hecho, clínicamente sólo existen personas infértiles y no parejas estériles. La esterilidad de la pareja es una creación del derecho, una ficción jurídica que permite reservar el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas de heterosexuales. Paradójicamente, las parejas homosexuales son en realidad las únicas verdaderamente estériles, ya que inclusive cambiando de partenaires continuarían sin poder reproducirse, pero la ficción jurídica no se les aplica".

### II. Los Hechos

Se presentan a la justicia los señores V. D. C. y W. C. P., con el patrocinio letrado de

sus abogadas e interponen acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA), de la cual ambos se encuentran afiliados desde el 4/07/2008, reclamando la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV (2), con ovodonación proveniente de banco y de gametos masculinos aportados por el actor V, con transferencia embrionaria al cuerpo de la Sra. E. S. R. A., como gestante solidaria. Historian que están en pareja desde el año 2000, que en el año 2015 se casaron y que a partir del año 2017 comenzaron a buscar diversas formas para ampliar su familia y concretar el deseo de ser padres.

Se suma al relato que recabaron información y obtuvieron asesoramiento sobre la posibilidad de llevar a cabo una "gestación solidaria" (3). A tal fin E., una

amiga muy cercana, les ofreció "prestarles" su vientre, previa conversación con su esposo y sus 3 hijos, quienes estuvieron de acuerdo en que asumiera el rol de gestante, prestando su conformidad para someterse "en forma totalmente solidaria" exenta de carácter lucrativo al procedimiento requerido por los amparistas. Es decir, que la gestante, ha entendido el proceso como un acto de solidaridad, fundado en el profundo sentimiento de amistad que la une a los actores.

Solicitan también que la demandada les cubra la totalidad del tratamiento, ya que no cuentan con recursos económicos para afrontar este, a saber: Estudios, medicación, terapias, de apoyo —en caso de ser requeridas— extracción, criopreservación y todo lo necesario para lograr el embarazo y nacimiento. Asimismo, requieren el

reintegro de los gastos en medicamentos en los que hubiesen incurrido. Todo ello con base en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 (4), por la cual se admite la cobertura de los tratamientos médicos de TRHA (5).

Que, por imperio de esta ley, la obra social prestadora se encuentra legalmente obligada a brindar la cobertura del 100% del tratamiento de reproducción humana asistida de gestación solidaria, debido a que este se encuentra contemplado en el Programa Médico Obligatorio (PMO) (6). Ante la negativa, y la falta de respuesta, solicitan como medida cautelar se ordene a la demandada, obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, les otorgue la cobertura integral del tratamiento y las prestaciones enumeradas. Ofrecen prueba, fundan en derecho y citan jurisprudencia que con-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BORRILLO, Daniel, "La Biofamilia" en Francia ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad? en Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 55, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 p. 177

(2) La fecundación *In Vitro* (FIV) es una de las técnicas más utilizadas en la Reproducción Asistida. Consiste en fecundar un ovocito con el espermatozoide en el laboratorio, y, posteriormente, transferir el embrión o los embriones resultantes al útero de la gestante.

(3) Denominamos este procedimiento "gestación solidaria" en lugar de "gestación por sustitución", por entender que esta forma de nombrarla se corresponde con la finalidad que persigue su empleo. En la misma línea se enrotran Proyectos de ley con estado parlamentario (Proyecto 3202-D-2017 de 14 de junio, "Gestación solidaria";

Proyecto 5700-D-2016 de 31 de agosto, "Regulación de la Técnica de Gestación solidaria"). KRASNOW, A., "La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria". *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) ps 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. Sobre gestación solidaria ver, KRASNOW, Adriana N., "La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 18, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, abril de 2018, ps. 37 y ss., "Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos

en el Código Civil y Comercial", revista Bioética y derecho, 37, Ed. Observatorio de Bioética Universidad de Barcelona, 2016, ps. 69 y ss.; "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial en Argentina", *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, 1/2014, Barcelona, [www.indret.com](http://www.indret.com); GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologización". *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, *Revista Derecho de Familia* 2015 V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2015 ps. 133 y ss., HERREIRA, Marisa - LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", *Microjuris Online MJ-DOC-5971-AR/MJD5971*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERREIRA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 2012-E, 960; LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución", *InDret*. Revista para

el análisis del Derecho, 3/ 2012, Barcelona, [www.indret.com](http://www.indret.com), FAMA, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", *La Ley* del 21/06/2021.

(4) Sancionada el 5/06/2013, promulgada de hecho: 25/06/2013 y publicada en el BO el 26/06/2013

(5) Sostiene la Dra. Adriana Krasnow que: "es en armonía con el principio de pluralidad que estas prácticas médicas destinadas a colaborar con el proceso reproductivo están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja" en KRASNOW, Adriana N. "Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Ley 26.862 y el proyecto de Código", *La Ley* T. 2013-E, ISSN0024-1636.

(6) Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de

sideran aplicable al caso. Acreditados los recaudos exigidos para que prospere la medida cautelar solicitada por los actores, se resolvió haciendo lugar a la misma, ordenando a la obra social ObSBA que brinde a los amparistas la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, todo ello bajo el cumplimiento y respeto por lo normado en la Ley Nacional 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 (7).

### III. Derecho a Formar una Familia

#### III.1. Su reconocimiento en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales

En el ámbito Nacional Constitucional, se brinda la denominada “protección integral” a la familia (art. 14 *bis*, CN). Por su parte, el art. 16 la ampara, fundado en el principio de igualdad entre todos los habitantes; y como se ha dicho “...el art. 19 establece y protege una amplia zona de autonomía y desarrollo personal, permitiendo que cada persona pueda formar el tipo de familia que desee siempre que no conculque derechos de terceros” (8).

Este derecho a formar una familia, como derecho humano inherente a toda persona, se encuentra reconocido en los tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75, inc. 22, CN), así la norma del art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) señala que: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia, por lo que se debe entender que la Convención establece un protección general para todas las familias; por su parte el art. 17.2 de este ordenamiento, protege el derecho a fundar una familia, estableciendo además que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. VI establece: El derecho a la constitución de la familia como un derecho complejo, estrechamente vinculado con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en el fallo “Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) v. Costa Rica” (9) efectúa una amplia interpretación del art. 7º de la Convención Americana al expresar que, este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de au-

todeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. (párrafo 142 y ss.). Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 19 sostuvo que: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Parte 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” (10).

### IV. Derecho a la Salud

El derecho a la salud, como derecho humano básico, está relacionado con el derecho a la vida, la integridad física y el bienestar de la familia; y como tal reconocido en la Constitución Nacional (arts. 33 y 42, CN) y enriquecido con los instrumentos internacionales que ingresan al plexo constitucional (art. 75 inc. 22, CN). Entre ellos, Declaración Universal de Derechos Humanos reza que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios” (art. 25 párrafo 1). Así la Observación General 14 del comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que interpreta el art. 12 del Pacto, nos dice que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud ha brindado un concepto amplio de la salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. En estos términos, cabe resaltar que el derecho a la salud expande proyecciones a toda una gama de situaciones y relaciones que excede la tradicional noción de ‘no estar enfermo’ para aproximarse a lo que puede definirse como una situación integral de bienestar psíquico, físico y mental, moral y social que abarca todas las facetas que componen la compleja personalidad humana” (11).

Con esta dimensión el derecho a la salud incluye el derecho a la salud sexual y reproductiva definido como “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”, desarrollado en el marco de la Observación General

Nº 22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dedicada al Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva. Así también la ley Nacional 25.673 (12) creó el Programa de Salud y Procreación responsable, que tiene como objetivo que la población en general, sin discriminación alguna acceda al nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable (arts. 2º y 3º).

### V. Principio de Igualdad y no Discriminación

Otro de los principios que analizaremos “(...) es el de igualdad y no discriminación, relacionándose con el derecho a fundar una familia, en condiciones de igualdad y libertad, sin condicionamientos de ningún tipo, especialmente, en cuanto a la orientación sexual de los miembros de la pareja o de una persona sola” (13).

En este sentido, se expresó que “(...) desde la consagración constitucional-convenional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud —infertilidad— o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear” (14).

Cabe concluir que “el principio de igualdad y no discriminación fue el puntapié inicial para repensar el modelo de familia clásico y tradicional, produciendo una ruptura en el derecho de las familias, justamente, teniendo una mirada inclusiva, democrática y plural, relacionado, claro está, con el derecho de toda persona a vivir en familia, de la manera que mejor se piense, con libertad y autodeterminación” (15).

### VI. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como causa fuente filial

#### VI.1. Encuadre legal

La novedosa introducción en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) como una nueva causa fuente filial, sobre la base del principio de realidad, igualdad y autonomía reproductiva, derivó en la necesidad de considerar sus reglas propias, las que se encuentran plasmadas en el capítulo 2 del título V “Filiación”.

En esta sintonía el art. 558 expresa: “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”.

La doctrina las define como: “el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos —extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma— conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual de un hombre y una mujer” (16).

Herrera y De la Torre sostienen que: “el acceso a las TRHA involucra el derecho a formar una familia, el derecho a hacerse del desarrollo de la ciencia médica o los beneficios de la biotecnología y en un primer momento, el derecho a la salud centrado en la noción de infertilidad” (17).

En igual línea argumentativa, Lamm, Kermelmajer de Carlucci, Herrera expresan que: “gracias a la utilización de estas técnicas se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales (...) también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual...” (18).

### VII. Gestación por sustitución. Silencio normativo. ¿Necesidad de su regulación?

La gestación por sustitución puede ser definida como “una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (19).

Podemos decir también que “la gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental” (20).

Por último y en el caso que nos ocupa, resulta de interés el aporte de Lamm y Herrera cuando afirman que “las TRHA están ofreciendo esperanza a las parejas homosexuales que desean concebir un hijo. Así, por razones biológicas, tratándose de una pareja del mismo sexo conformada por dos hombres, necesariamente se debe recurrir a la gestación por sustitución” (21).

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.

(7) Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6, Secretaría N° 12, “C. V. D. y otros c. ObSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Amparo - Salud - Medicamentos y Tratamientos”.

(8) HERRERA, M. - LAMM, E. (2015). “Técnicas de reproducción humana asistida, en Bergel S. D et al, Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación”. Buenos Aires, La Ley, ps. 295-343.

(9) Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) v. Costa Rica”, LA LEY, 2013-A, 160.

(10) Observación General 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

(11) ver BIDART CAMPOS, Germán J. “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, en Mackinson, Gladys (dir.), Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 23 y ss.

(12) Sancionada el 30/10/2002 y publicada en el Boletín Oficial 30.032 del 22/11/2002. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico Argentino.

(13) NOTRICA, Federico Pablo, “Hay que decir que sí a una regulación de gestación por sustitución”. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018. N° 18. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial) ps. 82-98. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS. UNLP

(14) NOTRICA, Federico - MELÓN, Pablo - GONZÁLEZ, A. (2016). “La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada”. Id SAJ: DACF150426.

(15) NOTRICA, Federico Pablo, “Hay que decir si a una regulación...”, ob. cit., p. 13.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. La Ley del 8/08/2011, p. 1.

(17) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, “De Identidades y Familias. Aportes al Debate sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Argentino”, en Revista Iustel, Madrid, RGDC 17 (2013), ps. 1-62.

(18) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida” Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2021, p.6

(19) LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Obser-

vatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 24.

(20) FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”. La Ley 21/06/2011, 1, LA LEY, 2011-C, 1204; “La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss.; FORTUNA, Sebastián Ignacio, “Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación; RDF N° 57, Abeledo Perrot, 2012; LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. Revista de Derecho de Familia n° 50. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio 2011, pp. 107, 108.

(21) LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, Comentario al art. 562, en: “Tratado de Derecho de Familia”, Directoras: Aída Kermelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. II, p. 502.

VII.1. Su ausencia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación con media sanción

“La gestación por sustitución (22) se encontraba regulada en el Libro segundo, título quinto, capítulo II, del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, suprimiéndose luego, tanto en la versión que recibió media sanción en la Cámara de Senadores, como en el proyecto definitivo que fue aprobado, reafirmando de esta manera, el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico”.

No obstante, su eliminación, no ha sido prohibida, siendo una práctica existente y, sobre todo, frecuente, por lo que Lamm afirma que “(...) ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular” (23).

La jurisprudencia entendió que “pese a existir la regulación en el anteproyecto de Código Civil y Comercial esta técnica no fue aprobada, pero esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento” (24).

Desde su visión Gil Domínguez señala que: “Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional-convenional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19, CN) (25).

(22) Disponía la norma proyectada: Art. 562 “Gestación por sustitución. Artículo 562 El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de [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 autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza” [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-comercial-de-la-nacion.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-comercial-de-la-nacion.pdf).

(23) LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 303. Para profundizar sobre las múltiples razones por las cuáles el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, un supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución ver: HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, La Ley 02/07/2014, 1, cita online: TR LALEY AR/DOC/2285/2014; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “La tática inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil

VIII. La Voluntad Procreacional como elemento determinante de la filiación por TRHA

Díaz de Guijarro, hace varias décadas distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida” (26).

Calificada doctrina ha definido el alcance de la voluntad procreacional al decir “...no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de la 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 la reproducción humana asistida —se ha afirmado— es la típica fuente de creación del vínculo” (27).

Por su parte la Dra. Krasnow expresa que: “La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, el que debe quedar debidamente plasmado en el consentimiento previo, libre e informado. Esto es, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal, fortaleciendo el elemento volitivo como determinante del vínculo filial. Que, dicho de otro modo, hay una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional ya que prima la voluntad sobre lo biológico” (28).

En tanto Herrera señala “(...) 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” (29).

y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, La Ley, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY, 2013-D, 195; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, La Ley, Derecho de Familia y de las Personas (agosto), Buenos Aires, 2013 p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY, 2012-E, p. 960; HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución, Cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971; LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho; Año: 2012 vol. 3 p. 1-49.

(24) Juzg. Familia 4ª Nom., Córdoba, 21/5/2018, “A., P. A. y otro - medidas urgentes”, acta nº 98, Disponible en [www.boletindigital.justiciacordoba.gov.ar/wp-content/uploads/2018/06/Acta-98.doc](http://www.boletindigital.justiciacordoba.gov.ar/wp-content/uploads/2018/06/Acta-98.doc).

(25) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico”. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nº 30- 11/07/2017.

(26) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacional es como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en JA, 1965-III-21.

(27) GIL DOMÍNGUEZ - HERRERA FAMA, “Derecho Constitucional de Familia”. Ediar, 2006, T II, p. 833 y ss. KRASNOW, Adriana N., “La verdad biológica y la voluntad procreacional”. LA LEY, 2003-F, 1150. KE-

IX. Cobertura Médica de los Tratamientos de Procreación Humana Asistida. La Ley 26.862 (30) y su Decreto Reglamentario 956/2013 (31)

“A nivel Nacional, la entrada en vigor de esta norma permitió hacer frente a un problema que, al afectar un sector importante de la población, lo colocaba en una clara situación de debilidad jurídica, por resultar vulnerados ciertos derechos humanos personalísimos, como el derecho a la protección integral de la familia, derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la igualdad y derecho a la no discriminación” (32).

“La misma refleja un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. El acceso a estas técnicas es un derecho fundamental contando con el apoyo científico y tecnológico, permiten tutelar los derechos de quienes desean procrear y no pueden llevar a cabo su proyecto parental en condiciones de igualdad” (33).

En cuanto al pluralismo como principio ínsito en esta ley, Famá sostiene “...La ley 26.862 es clara en orden a la amplitud de su ámbito de aplicación tanto objetivo (en cuanto a las clases de TRHA admitidas incluida la utilización de material genético de un tercero) como subjetivo (con respecto a los beneficiarios de estas técnicas). Esta amplitud o pluralismo está indicando un tratamiento igualitario justificado por los múltiples derechos humanos implicados (...) y que en lo esencial fueron puestos de resalto por la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso ‘Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) contra Costa Rica’, del 28/11/2012” (34).

La admisión implícita de las prácticas de baja y alta complejidad, de cuyo encuadre se ocupa el Decreto 956/2013 que reglamenta la ley 26.862, pone en evidencia la amplitud de criterio cuando

señala: “Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos” (art. 2º).

El art. 7º define con amplitud a los destinatarios “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 (35), de derechos del paciente [s/texto ley 26.742 (36)] en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado” (37).

El centro de salud debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

En tanto el art. 8º establece que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan “no podrán introducir requisitos

pareja de varones ser padres.

(34) FAMÁ, María Victoria, “Incidencia de la ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de reproducción asistida en el Derecho de Familia y de las Personas”, Derecho de familia y de las Personas, año 5, nº 7, La Ley, Buenos Aires.

(35) Ley 26.529 sancionada el 21/10/2009; promulgada el 19/11/2009 y publicada en el BO el 20/11/2009.

(36) Ley 26.742, sancionada el 9/05/2012, promulgada el 24/05/2012 y publicada en el BO del 24/05/2012.

(37) “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, la información clara, precisa y adecuada, respecto: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento” (art. 5 Ley 26.529).

MELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. La Ley, 20/09/2010.

(28) KRASNOW, Adriana N., La filiación, en: “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, Director: Andrés Sánchez Herrero, La Ley, Bs. As., 2016, T. VII, p. 560.

(29) Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Herrera, Marisa <http://www.nuevocodigocivil.com>.

(30) Sancionada el 5/06/2013. Promulgada el 25/06/2013. Publicada en el BO del 26/06/2013.

(31) Del 19/07/2013. Publicación en el BO del 23/07/2013. Para profundizar sobre el análisis de estas normativas se recomienda ver, entre otros, HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”. La Ley del 31/07/2013; LL Online TR LALEY AR/DOC/2899/2021; GARAY, Oscar E., “Cobertura, igualdad e inclusión en la Ley de Fertilización Humana Asistida”, La Ley del 1/07/2013, ps. 1 y ss.; CIRUZZI, María S., “La Ley Nacional de fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética”, MJ-DOC-6326-AR, MJD6326, 19/06/2013; MEDINA, Graciela - GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. La Ley del 17/06/2013, ps. 1 y ss. y HERRERA, Marisa, “La Ley de Cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, La Ley del 10/06/2013; LA LEY, 2013-C, 1281.

(32) KRASNOW, Adriana N. “Encuentros y Desencuentros entre la ley 26.862 y el Proyecto de Código Civil y Comercial con Media Sanción en la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora”. En Derecho de Familia -Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nº 64, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2014, p. 29 y ss.

(33) San Carlos de Bariloche, 29 de agosto de 2019, “L. J. Y F. M s/ Autorización”. Jueza Cecilia Criado, autorizó la gestación por sustitución, que permitirá a una

o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios, garantizando también el servicio de guarda de gametos e incorporando como procedimiento y técnica a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de un donante” (38).

Por último, el art. 10, ley 26.862 establece: “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes”. Es decir, que este artículo establece como regla la aplicación obligatoria en todo el territorio nacional, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar normas de adhesión.

#### X. Conclusión

Como cierre, y respondiendo a la pregunta que planteamos sobre la necesidad de regular la gestación por sustitución,

adherimos a la postura de Lamm quien sostiene que “La falta de regulación de la gestación por sustitución puede importar una violación de los principios de igualdad y no discriminación. En primer lugar, la gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque solo de uno de ellos), por lo que, conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación, la gestación por sustitución debe legalizarse y regularizarse. Si una pareja heterosexual, o una pareja homosexual de dos mujeres puede tener un hijo genéticamente propio, entonces también debe poder hacerlo una pareja conformada por dos hombres” (39).

#### XI. Palabras de cierre

Como colofón de esta exposición compartimos las palabras de Herrera en cuanto manifiesta que la cuestión de la cobertura médica es central en materia de TRHA:

(38) Dispone el art. 8, decreto 956/2013: “En los términos que marca la ley 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses cada uno de ellos” Y se reafirma la inclusión de dichos

“esta centralidad se puede observar fácilmente, a la luz de la cantidad de precedentes jurisprudenciales que se encargan de admitir o rechazar el pedido canalizado —en la gran mayoría— por vía del amparo que llevan adelante una gran cantidad de mujeres y hombres que quieren ser padres con la colaboración invaluable de la ciencia” (40).

Finalmente, y tal como surge del fallo que analizamos, la negativa de las obras sociales a brindar la cobertura médica de los tratamientos de procreación humana asistida a sus afiliados es manifiestamente arbitraria. Esto genera, que personas solas o parejas de igual o distinto sexo, deban recurrir a la justicia para poder concretar su deseo al hijo propio y a formar una familia en condiciones de igualdad, cuando la única opción que tienen es la gestación por sustitución.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2967/2021

procedimientos en el PMO (5 párrafo del artículo 8).

(39) LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Ed. Observatori de Bioètica InDret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0.

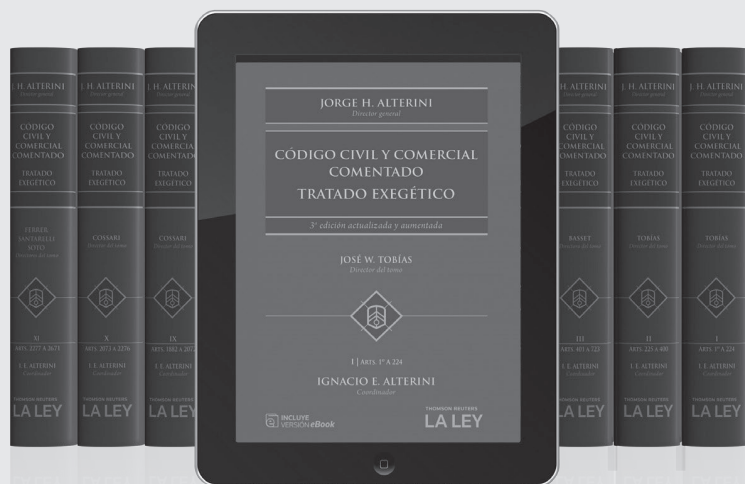
(40) HERRERA, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Salando deudas”. La Ley del 10/06/2013, p. 1.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Información confiable  
que avala sus argumentos.

## >SORTEO MES ANIVERSARIO DE LA LEY CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TRATADO EXEGÉTICO del Dr. Alterini

3ra. edición actualizada y comentada



### Completá tus datos

¡Podés ser uno de los 5 ganadores!

El premio incluye los **11 tomos** que conforman el  
**CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO.**  
**TRATADO EXEGÉTICO** en su versión Papel + eBook.



Participá.

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey  
@TRLaLey  
ThomsonReutersLatam  
ThomsonReutersLatam

## Última instancia

### Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Planteo jurídico en abstracto. Improcedencia

Los cuestionamientos que la actora formuló contra diversos artículos de la ley 5859 de la Ciudad de Buenos Aires y el análisis que de ellos efectuaron los jueces de mérito para admitir la pretensión han sido en abstracto, esto es, sin que la discrepancia viniera dirimida a propósito de su aplicación a una relación jurídica concreta; y, por ello, de un modo incompatible con la acción de clase escogida. Que no versan sobre una relación jurídica concreta quedó revelado por la decisión a que dio lugar, que dice eliminar una norma general del ordenamiento jurídico, por un lado; mientras emitió otras, en su lugar. Es decir, operó sobre el ordenamiento jurídico y no sobre la esfera de relaciones jurídicas que se construyen a partir de él.

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30/06/2021, Centro de Corredores Inmobi-

liarios de la Ciudad de Buenos Aires - Asociación Civil y otros c. GCBA s/amparo - otros s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/102113/2021.

Medidas cautelares en la emergencia habitacional

Corresponde a quien recurre una medida cautelar —en el caso, en relación con un subsidio habitacional— la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del TS de la Ciudad en este estado del proceso; y no bastan las invocaciones genéricas a derechos o principios constitucionales como las que sustentan el recurso extraordinario local (del voto de los Dres. Lozano y De Langhe).

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05/05/2021, AGS c. GCBA s/ medida cautelar autónoma.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/31936/2021.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2968/2021

