



Montevideo, 25 de octubre 2021

Que atento a la solicitud de asesoramiento elevada por el MEC de 19 octubre 2021, relativa a la situación planteada a partir de la petición calificada oportunamente presentada ante dicho organismo y sobre la que recayó resolución 2021 – II – 0021 – 9994 se eleva el siguiente informe:

I. Introducción.

El impacto de las técnicas de reproducción humana asistida ha revolucionado las relaciones humanas y el concepto de familia. Demostraron con el nacimiento en 1978 de Louise Brown, primer ser humano concebido fuera del vientre materno, la disociación entre sexo y reproducción, lo que impactará paulatinamente en las relaciones humanas y familiares.

A partir de su desarrollo el que va también acompañado con otros aspectos socio culturales, se construyen nuevos modelos de familia. Esto determina nuevas relaciones de paternidad, maternidad y filiación tal como surge de la situación planteada. Se conviene en definir que la maternidad jurídica es diferente de la biológica, donde a la vez puede identificarse a la madre genética, la madre citoplasmática y madre gestacional. Como consecuencia del impacto del avance científico, el concepto tradicional de madre o padre se ve interpelado. Las madres y padres son los que tienen la voluntad de ser tales lo que no implica que sean los que contribuyen o proporcionan gametos (células). Por tal motivo y como forma de conciliar los intereses se establece el anonimato del donante de gametos tanto masculino como femenino.

Las cuatro décadas que nos distancian de la puesta en práctica de estas técnicas, ponen en evidencia paulatinamente nuevos avances y métodos. Entre ellos la identificación más precisa de los billones de unidades mínimas fundamentales o células entre las que se encuentran las denominadas células madres o troncales, que permiten renovar a las células especializadas en tanto pueden reproducirse y dar lugar a las células de los tejidos. Así como también desde 1998 con la posibilidad de obtener células madres a partir de embriones humanos. Por su parte los avances en la crío conservación de embriones pone de manifiesto la necesidad de definir su destino en caso de no ser transferidos al útero, aspecto que aún permanece indefinido en múltiples legislaciones como la uruguaya.

La ciencia también avanza buscando la posibilidad de que las células produzcan gametos por tanto desaparezcan los donantes, o la posibilidad de conformar vientres artificiales en sustitución de la gestación subrogada. También estas técnicas han determinado un salto intergeneracional al verificarse embriones gestados por abuelas en la modalidad de gestación



altruista, así como la existencia de madres con edad muy avanzada o hijos póstumos maternos.

La medicina reproductiva ha llevado a la implementación de los test pre implantacionales con diversos objetivos entre los que se encuentra evitar las enfermedades hereditarias lo que no obsta a que las prácticas puedan apuntar también a un posible “diseño de hijos”. Entre las últimas invenciones se encuentra la edición genómica de embriones a través de las técnicas del CRISPR ya instrumentadas en China y que han dado lugar al nacimiento de dos mellizas cuyo alcance es objeto en la actualidad de un necesario posicionamiento regulatorio.

La **ley de reproducción humana** asistida aprobada en 2013 constituye una herramienta sustancial para la regulación de las técnicas que protegen y promueven los derechos sexuales y reproductivos en el Uruguay. Surge como respuesta a las múltiples interrogantes que genera el avance científico y que como hemos visto impacta en las relaciones humanas en forma revolucionaria. La incorporación de las referidas técnicas en sus distintas modalidades como prestación sanitaria proyecta el derecho al acceso a la salud con una perspectiva de derechos en el ámbito asistencial.

En el momento de su aprobación la legislación uruguaya se posicionó en relación al alcance de las técnicas basadas en decisiones reproductivas optando por determinados criterios que lo determinaron. En este caso la ley prevé el abordaje de la metodología terapéutica de la infertilidad y promueve técnicas que determinen procedimientos idóneos para concebir en caso de parejas biológicamente impedidas o mujeres con independencia del estado civil. Algunos aspectos como hemos señalado quedaron sin definir, entre ellos el destino final de los embriones crio conservados.

La **ley de matrimonio igualitario** con las modificaciones que realiza al Código Civil se sanciona también en 2013, unos meses antes. Es producto de la necesidad de regular jurídicamente las relaciones humanas y proteger el derecho de las personas a ser reconocidas por el Estado en función de su vínculo matrimonial sin importar su sexo. Con el sinnúmero de consecuencias que dicha regulación genera en relación a los vínculos familiares y la descendencia y por ende la necesidad de que el derecho se ajuste a la realidad.

Ambas leyes apuestan a ajustar el desfasaje entre la realidad y el derecho en tanto la regulación jurídica siempre va detrás de situaciones cuya definición legal se transforma en imperativo en aras de la seguridad y el respeto de los derechos y las libertades. Todo ello en el marco del Estado de Derecho.

El problema específico que se plantea hoy a partir de la petición incoada con el MEC y que diera lugar a la resolución de 19 de octubre de 2021 pone en evidencia que dicho desfasaje continúa generando problemas sustanciales que interpelan a quien ejecuta la norma, así



como también al legislador, en la búsqueda de soluciones que contemplen un abordaje sustancial fundado en el principio de justicia.

II. Análisis del tema de fondo ante la situación planteada:

El análisis se centrará en las disposiciones constitucionales y legales con atención específica a las disposiciones del Código Civil en la redacción dada por la ley de Matrimonio Igualitario (19075) de 9 de mayo de 2013 y la ley de Reproducción Humana Asistida (19167) de 12 noviembre 2013.

Precisión inicial:

Si bien el siguiente informe ofrecerá una interpretación que se estima sería procedente en cuanto al tema de fondo, no así la situación concreta, resulta claro que la temática en sí misma ameritaría una regulación normativa específica lo que implicaría un ajuste legal en función de la seguridad jurídica, principio ordenador del estado de derecho.

Consideraciones específicas:

Según refiere la resolución adoptada por el MEC es el matrimonio el cual habilita la inscripción de los hijos nacidos en función de este vínculo tanto de la pareja homosexual o heterosexual (ley 19075 artículo 24).

“Viviendo los cónyuges de consuno, sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio”. Tal cual expresa la norma “dicha presunción puede destruirse acreditándose que el vínculo biológico no existe”. Lo que no opera para “personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción, en la medida que antes de la fecundación del ovulo ambas acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial”.

Según la disposición el matrimonio habilita la inscripción del hijo con el reconocimiento del otro progenitor. Sea pareja homosexual o heterosexual. A la fecha de su sanción en Uruguay no se reconocía el matrimonio de personas del mismo sexo.

El MEC en la resolución de referencia entiende que al establecer la norma el requisito del matrimonio, no es de recibo la inscripción de un recién nacido por parte de una pareja homosexual, no unida en matrimonio.

Esta última interpretación entendemos puede ser cuestionable en función de los siguientes argumentos:



La previsión legal no incorpora las palabras: "solo"; "únicamente". Simplemente constata que, viviendo los cónyuges de consuno y en matrimonio, se considera hijo del referido vínculo.

El ordenamiento jurídico ha legislado en forma progresiva reconociendo que además de los vínculos matrimoniales que a partir del 2013 no diferencian por sexo, el Estado debe asegurar y proteger los derechos de quienes optan por vínculos no matrimoniales lo que se puso de manifiesto con la adopción de la ley de concubinato entre otras. Así también con las modificaciones recogidas por el Código Civil que apuestan a asegurar el vínculo, esto es el reconocimiento de hijos e hijas en función del derecho a la igualdad, identidad, a la familia y al nombre. Todo ello en atención del principio rector incorporado en el CNA en atención a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente: el interés superior del niño y la niña.

La disposición no señala que se impida la inscripción del hijo/hija de aquellos que no tienen vínculo matrimonial. Establece en la medida que se reconoce el derecho a que las personas del mismo sexo contraigan vínculo matrimonial; que es el otro cónyuge, quien jurídicamente se considera el progenitor de la criatura concebida por la esposa durante el matrimonio.

Por tanto, a partir de la interpretación análoga, armónica y en correspondencia normativa (Título Preliminar del Código Civil artículo 20), en atención al principio de igualdad, corresponde interpretar que también es progenitor de la criatura concebida por la mujer durante el concubinato y/o la relación de pareja o matrimonio, la otra persona (sea mujer o varón) que manifiesta su voluntad de reconocer al recién nacido.

La ley de matrimonio igualitario como hemos visto prevé que la presunción de que el cónyuge es jurídicamente el progenitor puede destruirse acreditándose que el vínculo biológico no existe. Lo que no opera para personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción, y antes de la fecundación del ovulo, ambos aceptan bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

Por su parte la ley de matrimonio igualitario estableció en relación a la capacidad para reconocer a sus hijos, un derecho - deber cualquiera sea el estado civil y edad.

En forma análoga y en consideración del derecho - deber de todo progenitor cualquiera sea su estado civil y edad a reconocer al hijo, no se considera que deba ser un impedimento que una pareja que biológicamente no puede concebir, no pueda inscribir y reconocer a su hijo porque no se ha producido el vínculo matrimonial.

Y tal consideración se reafirma en tanto dos personas heterosexuales más allá del vínculo que las una, pueden inscribir y reconocer a los hijos como propios. Sin que medie ningún requisito que se los impida y en función de la normativa que establece el derecho deber de inscribir y reconocer a los hijos atento a lo previsto por la Constitución de la República (artículo 40 ss. y



concordantes) así como los derechos a la identidad, familia, nombre que ingresan por la vía del artículo 72 al bloque de constitucionalidad y consagran dicha jerarquía como admite en forma unánime la doctrina.

Por tanto, resulta pertinente una interpretación armónica y contextual del ordenamiento jurídico eliminando algunos conceptos claramente inconstitucionales como considerar que solo el matrimonio, habilita el reconocimiento de un recién nacido. Y que su no condición de “hijo/a matrimonial”, puede vedarle de su derecho a la identidad y a la familia incluyendo el nombre.

En forma adicional corresponde destacar un segundo punto:

La ley de reproducción humana asistida (RHA) aprobada con posterioridad a la ley de matrimonio igualitario, establece que las técnicas podrán aplicarse para concebir: a) en el caso de parejas biológicamente impedidas; así como b) de mujeres con independencia de su estado civil (artículo 2). Dos hipótesis bien definidas.

Además, prevé que la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica. Con la excepción prevista para la hipótesis de gestación subrogada (artículo 25). Corresponde agregar que el vínculo genético del recién nacido con la mujer que se reconoce como progenitora biológica puede no existir en función de que opere una donación de gametos femeninos. Sin perjuicio de esto la ley opta por determinar la filiación materna en el momento del parto o la cesárea.

El punto radica en determinar cuál es el alcance de la expresión “**pareja biológicamente impedida**”.

La ley de matrimonio igualitario cuya sanción es anterior a la ley de reproducción humana asistida prevé en su artículo 28 que en todas las normas reguladoras del instituto del matrimonio o conexas a este donde se utilicen menciones diferenciales en razón del sexo, deberá entenderse cónyuges, pareja matrimonial, esposos u otras de similar tenor que no alteren el contenido sustantivo de la regulación y que no distingan en razón del sexo de la persona.

Por tanto, no es de recibo una interpretación de la ley de RHA, que distinga el sexo en función de la expresión “parejas biológicamente impedidas para procrear. La ley de matrimonio igualitario, cuya sanción es anterior, específicamente lo prohíbe, estándose en su caso en una hipótesis de discriminación por sexo.

Por consiguiente, la criatura nacida de una mujer por parto o cesárea puede en función de dicha interpretación ser inscripta por la madre, junto con su pareja (sea hombre o mujer, en tanto se considera que se trata de una pareja biológicamente impedida) quienes lo



reconocerán al operar la inscripción, en tanto no se debería distinguir atento a lo previsto en el artículo 28 de la ley de matrimonio igualitario en razón del sexo.

III. Ajuste normativo.

Como señaláramos al inicio el tema de fondo amerita un ajuste normativo en función de la seguridad jurídica y la protección de los derechos en juego.

En base a lo expuesto **se sugiere el siguiente texto** a los efectos de subsanar los problemas que emergen de la interpretación normativa y asegurar la debida seguridad jurídica:

Artículo 1.

Que atento a lo dispuesto por la ley de 19075 en su artículo 28 y la ley 19167 en su artículo 2, en los casos de parejas biológicamente impedidas no se distinguirá el sexo del otro progenitor jurídico cuando la filiación de la criatura sea determinada por el parto o cesárea de la mujer. A tales efectos se establece que no es requisito para la inscripción de la criatura la existencia de un vínculo matrimonial.

Lo mismo operará en el caso que la filiación materna se determine por gestación subrogada en la excepción dada por el artículo 25 de la ley de reproducción humana asistida.

Artículo 2

Sustituyese el artículo 28 de la ley 19167 por el siguiente:

(Filiación materna). La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

La filiación del otro/a progenitor/a cualquiera sea su sexo, será la que surge del consentimiento escrito emitido por ambos miembros de la pareja para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida atento a lo previsto por el artículo 7 inciso d).

Mariana Blengio Valdés

Directora INDDHH y Defensoría del Pueblo.