



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

LEY DE REGULACIÓN DE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN SOLIDARIA

Capítulo I – Disposiciones Generales

ARTÍCULO 1°.- Objeto. La presente ley tiene por objeto regular la técnica de Gestación Solidaria en la República Argentina.

ARTÍCULO 2°.- Orden público. La presente ley es de orden público.

ARTÍCULO 3°.- Definición. La Gestación Solidaria es un tipo de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una/s persona/s, denominada/s "requirente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la "gestante", sino únicamente y de pleno derecho con la/s requirente/s.

ARTÍCULO 4°. **Principio de igualdad y no discriminación.** No pueden establecerse distinciones fundadas en el estado civil, la orientación sexual, la identidad de género o cualquier otra condición social de las personas gestantes o requirentes.

Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de la técnica de Gestación Solidaria.

Capítulo II – Requisitos y obligaciones de las personas intervinientes

ARTÍCULO 5°.- Personas intervinientes. Tiene derecho a acceder a la técnica de Gestación Solidaria, toda persona mayor de edad, en forma individual o conjunta que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 - de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud-, haya explicitado su consentimiento informado.

ARTÍCULO 6°.- Requisitos para ser gestante. Son requisitos para ser gestante:

- a) Ser mayor de edad y no tener más de cincuenta (50) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria;
- b) Poseer plena capacidad civil;
- c) Realizarse los exámenes médicos psicofísicos que delimite la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta;
- d) Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre;
- e) No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto; y
- f) Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria, manifestando no poseer voluntad procreacional.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

ARTÍCULO 7°.- Obligaciones de la persona gestante. Son obligaciones de la persona gestante:

- a) Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales, incluidos los estudios médicos extras que soliciten la/s persona/s requirente/s;
- b) Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional; y
- c) Conservar el anonimato de la/s persona/s requirente/s, sí así lo desearan ésta/s y lo expresaran en el instrumento de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 8°.- Gametos. La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos de alguna de las personas requirentes o de una tercera persona donante. La persona gestante no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado; salvo que, por tratarse de un vínculo de estrecha afinidad, ello le sea autorizado por la autoridad de aplicación.

ARTÍCULO 9°.- Requisitos para ser requirente/s. Son requisitos para ser requirente:

- a) Ser mayor de edad;
- b) Poseer plena capacidad civil; y
- c) Prestar consentimiento informado para formalizar el instrumento de Gestación Solidaria, manifestando su voluntad procreacional.

ARTÍCULO 10.- Obligaciones de la/s persona/s requirente/s. Son obligaciones de la/s persona/s requirente/s:

- a) Obligarse a recibir al/el niño/a inmediatamente después de su nacimiento;
- b) Proceder a la inscripción del/de la hijo/a conforme lo establecido en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación; y
- c) Conservar el anonimato de la persona gestante, si así lo desea la misma.

ARTÍCULO 11.- Compensación para la persona gestante. Las partes pueden acordar el pago de una suma única o sumas periódicas en favor de la persona gestante destinada a compensarla integralmente por su participación en el procedimiento de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 12.- Interrupción del embarazo. Las partes podrán acordar voluntariamente la interrupción legal del embarazo de conformidad con el primer párrafo del artículo 4° de la ley N° 27.610.

Sin perjuicio de ello, si existe peligro para la vida o salud integral de la persona gestante, ésta podrá requerir la interrupción del embarazo, conforme lo establece el artículo 4° inciso b de la Ley N° 27.610.

ARTÍCULO 13.- Donación de gametos. La donación de gametos para las finalidades autorizadas por esta ley, constituye un contrato formal y secreto concertado entre la persona donante y el centro médico autorizado.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Antes de la formalización, la persona donante habrá de ser informada de los fines y consecuencias del acto. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad de la persona donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos de los centros médicos habilitados.

ARTÍCULO 14.- Requisitos de las personas donantes de gametos. Las personas que se constituyan en aportantes de gametos para terceras personas deben ser capaces, mayores de 18 años, y menores de 40 años.

El material genético de una misma persona aportante podrá ser utilizado para realizar la técnica de Gestación Solidaria hasta en un máximo de seis (6) personas o familias, siempre que de ello resultaren nacimientos con vida. La Autoridad de Aplicación queda facultada para ampliar la cantidad de personas destinatarias de material genético de una misma persona aportante.

ARTÍCULO 15.- Revocación de la donación. La persona donante podrá revocar la donación, en caso de infertilidad sobreviniente, siempre que a la fecha de la solicitud de revocación aquéllos estuviesen disponibles.

Capítulo III – Procedimiento

ARTÍCULO 16.- Establecimientos habilitados. La técnica de Gestación Solidaria sólo puede practicarse en los establecimientos de salud habilitados para realizar técnicas de reproducción médicamente asistida e inscriptos como tales en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) de conformidad con el artículo 4° de la ley N° 26.862.

ARTÍCULO 17.- Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados/as independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestación obligatoria y a brindar a sus afiliados/as o beneficiarios/as, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, los medicamentos, el diagnóstico, las terapias de apoyo que podrán requerir, gastos necesarios tales como ropa y/o transporte para la persona gestante y el procedimiento de la Gestación Solidaria. Al ser esta práctica una técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, las cuales son reguladas por la Ley N° 26.862, queda incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), así como el diagnóstico, medicamento, gastos para cubrir necesidades de la persona gestante y terapias de apoyo que podrán requerir, con los criterios y modalidades de cobertura ya establecidos por su reglamentación.

ARTÍCULO 18.- Complementariedad. Esta ley se dicta en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto por la Ley 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida, y la reglamentación vigente.

ARTÍCULO 19.- Instrumento de Gestación Solidaria. Es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona gestante y la/s persona/s requirente/s acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria. El instrumento se debe formalizar con el Centro Médico autorizado y previo a la práctica debe ser homologado ante la autoridad de aplicación.

Este instrumento formaliza el consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a la técnica de Gestación Solidaria.

El/la profesional médico interviniente debe informar a la persona gestante los alcances y consecuencias de la decisión que está adoptando, en un marco de privacidad y confidencialidad. La explicación debe ser clara, dando lugar a que se realicen todas las preguntas que la persona estime necesarias.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

El/la profesional interviniente debe dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado la información mencionada, prestando conformidad la persona gestante.

ARTÍCULO 20.- Renovación. El consentimiento que presten las personas requirentes debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

ARTÍCULO 21.- Revocación. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la persona gestante.

ARTÍCULO 22.- Requisitos para su homologación. El Instrumento de Gestación Solidaria deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos para ser homologado por la autoridad de aplicación:

- a) Ser suscripto por la persona gestante y la/s persona/s requirente/s, estampando su nombre y firma en el mismo.
- b) Se debe dejar constancia de la existencia de voluntad procreacional de la parte requirente y de la inexistencia de voluntad procreacional de la persona gestante.
- c) Debe quedar asentado el lugar y fecha de su otorgamiento.
- d) Se debe asegurar que la voluntad de las partes no esté viciada mediante el cumplimiento de lo establecido en los artículos 24 y 37 incisos b), c) y d) de esta ley.

ARTÍCULO 23.- Certificación de la autoridad sanitaria. La homologación otorgada por la autoridad de aplicación al Instrumento de Gestación Solidaria satisface el requisito de certificación ante la autoridad sanitaria previsto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

ARTÍCULO 24.- Voluntad. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de Gestación Solidaria debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

ARTÍCULO 25.- Médicos/as intervinientes. Los/as profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de Gestación Solidaria.

Ningún/a médico/a tratante realizará el procedimiento de Gestación Solidaria si no se hubiere homologado el Instrumento de Gestación Solidaria.

En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante por parte de instituciones públicas o privadas, el/a médico/a tratante y el personal de salud no discriminarán la condición de la gestante, ni harán distinciones en su atención por este motivo.

ARTÍCULO 26.- Crio-conservación. Los preembriones sobrantes de una fecundación in vitro, que no fueran transferidos al útero, podrán ser crío-conservados en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia, a fin de ser utilizados en el futuro, para su donación o descarte; previo consentimiento del/la/los/las "requirente/s". Los gastos que insuma la crío-conservación serán cubiertos conforme lo establecido en el artículo 17 de esta ley.

ARTÍCULO 27.- Prohibiciones. Queda estrictamente prohibido:

- a) La comercialización de embriones;



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

- b) La utilización de embriones para la experimentación; y
- c) La clonación, como, asimismo, la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en personas en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana.

Exceptúase de lo previsto en el inciso b) a las técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantatorio, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar.

Capítulo IV – Efectos y aspectos registrales

ARTÍCULO 28.- Inscripción. Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscriptos/as como hijos/as de la/s requirente/s.

La/s persona/s requirente/s no podrán impugnar la maternidad o paternidad, a menos que no hubieren prestado su consentimiento informado.

Si la persona requirente es casada y su cónyuge no hubiere prestado su consentimiento informado no regirá la presunción de filiación por matrimonio.

ARTÍCULO 29.- Matrimonio y unión convivencial. En caso de matrimonio o de unión convivencial, los/as cónyuges o convivientes, de mutuo consentimiento podrán acordar en el Instrumento la filiación a favor de la/s persona/s que no se constituyó o constituyeron como parte al inicio del procedimiento, en cualquier etapa de la gestación hasta antes del nacimiento.

ARTÍCULO 30.- Presunción. En el caso de personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria, la presunción de maternidad prevista en el artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento de Gestación Solidaria.

Asimismo, y a los fines de la Gestación Solidaria, prevalece siempre la voluntad de la/s persona/s requirente/s.

ARTÍCULO 31.- Voluntad procreacional. Modifíquese el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien o quienes han manifestado expresamente su voluntad ser progenitores a través de un consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién o quienes hayan aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona gestante".

ARTÍCULO 32.- Información sobre donantes. Los/as hijos/as nacidos/as tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de las personas donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean las personas receptoras de los gametos.

Sólo en caso de acuerdo o en la circunstancia extraordinaria de que hubiere un peligro para la vida del/la hijo/a, debidamente comprobada, y únicamente si mediare orden judicial, podrá revelarse la identidad de la persona donante. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad de la persona donante.

ARTÍCULO 33.- Derechos vinculados a la filiación. La persona donante de gametos o embriones no podrá en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre las personas nacidas de los gametos o embriones por ella donados. Las personas nacidas de gametos o embriones donados no podrán reclamar a la persona donante derechos vinculados a la filiación.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

ARTÍCULO 34.- Nacimientos en el exterior. Las disposiciones referidas a la inscripción que se prevén en esta ley, son de aplicación a los nacimientos de hijos/as producidos en otros países en los cuales se encuentre legalizada la técnica de Gestación Solidaria.

ARTÍCULO 35.- Acción judicial. En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la persona gestante o de la/s requirente/s, será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de Gestación Solidaria, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del/la niño/a.

Capítulo V – Disposiciones Finales

ARTÍCULO 36.- Autoridad de aplicación. Es autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación o el organismo con competencia sanitaria que lo reemplace.

ARTÍCULO 37.- Funciones. Son funciones de la autoridad de aplicación:

- a) Homologar el Instrumento de Gestación Solidaria como requisito previo para la realización de la técnica de gestación solidaria, debiendo establecer para ello un procedimiento accesible, gratuito, y sin necesidad de patrocinio jurídico, cuyo tiempo de resolución no puede exceder el plazo de 2 (dos) meses desde su presentación;
- b) Brindar a las partes intervinientes en el procedimiento de gestación solidaria, asesoramiento médico y legal independiente, sobre el alcance y efectos de la Gestación Solidaria;
- c) Determinar los exámenes médicos psico-físicos que deben realizarse las personas gestantes, previo a la participación de cada procedimiento de Gestación Solidaria y la institución de salud autorizada para llevarlos a cabo;
- d) Disponer los requisitos para la realización de evaluaciones psicosociales de las personas gestantes de manera previa a la homologación de los instrumentos de Gestación Solidaria, a los fines de determinar que la misma y/o su familia no posean dificultades y/o carencias sociales, de carácter apremiante, que condicionen su participación en el procedimiento;
- e) Ejercer el control de los centros médicos habilitados para realizar procedimientos de Gestación Solidaria;
- f) Coordinar con el Consejo Federal de Salud las funciones a desempeñar por parte de los sistemas de salud de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en materia de aplicación de la presente ley conforme sus competencias; y
- g) Toda otra función que determine la reglamentación.

ARTÍCULO 38.- Sanciones. Los efectores del sistema de salud que incumplan alguna de las obligaciones previstas en la presente ley, serán penadas con una multa de UN TERCIO (0,30) a DOS (2) Unidades Fijas, entendiéndose como tal la remuneración mensual asignada a la Categoría F Nivel 0 (cero), Planta Permanente Sin Tramo Agrupamiento General del Escalafón para el personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP).



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

ARTÍCULO 39.- Cláusula transitoria. Esta ley garantiza el derecho a la identidad de aquellas personas nacidas por Gestación Solidaria antes de su entrada en vigencia, incluso aquellas cuya situación haya sido judicializada.

Las personas requirentes pueden dar cuenta de la existencia de voluntad procreacional conforme los mecanismos que se encontraban a su disposición al momento del inicio del tratamiento de reproducción asistida o mediante declaración jurada de su existencia al momento de iniciar el tratamiento. Del mismo modo se podrá probar la inexistencia de voluntad procreacional de parte de la persona gestante. En caso de duda, se debe resguardar el interés superior de la niñez, entendido como tal, aquel que favorece el reconocimiento de filiación en favor de aquellas personas requirentes.

Se establece un procedimiento de rectificación registral gratuito para aquellas personas que han sido obligadas a registrar como progenitora a una persona gestante y se emitirá una nueva partida, sin que surja la identidad de la Gestante.

Asimismo, para aquellas infancias que previo a la sanción de la presente han sido negadas de su derecho a la identidad por cualquiera de los poderes del Estado Nacional, de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se establece una indemnización reparatoria equivalente a VEINTE (20) veces la remuneración mensual de los agentes Nivel A, Grado 8, del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa Decreto N° 993/91 t.o. 1995. Se considera remuneración mensual a la totalidad de los rubros que integran el salario del personal sujeto a aportes jubilatorios.

Ninguna de las previsiones formales de la presente ley puede ser interpretada como un obstáculo para que las personas nacidas antes de su entrada en vigencia accedan al reconocimiento de su filiación real entendida como aquella emanada de la voluntad procreacional.

ARTÍCULO 40.- Reglamentación. La presente ley debe ser reglamentada dentro de los noventa (90) días de su publicación.

ARTÍCULO 41.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

FIRMA: DIP. ESTEBAN PAULÓN

ACOMPañAN: DIPUTADA MONICA FEIN

DIPUTADA SILVANA GIUDICI

DIPUTADA ANA CAROLINA GAILLARD



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Introducción

El objeto del presente proyecto es permitir el acceso al derecho a procrear a aquellas personas o familias que requieran de la técnica de la gestación solidaria para lograrlo, siendo que el embarazo no está dentro de sus posibilidades.

En ese sentido, el proyecto se enmarca en lo dispuesto por la Ley N° 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida, y su decreto reglamentario.

Efectivamente, la técnica de la Gestación Solidaria, también conocida como gestación por sustitución, se funda en la voluntad procreacional, y apela a los derechos humanos básicos a formar una familia, a la igualdad y no discriminación, a la libertad reproductiva y a la dignidad humana.

Asimismo, toda persona tiene el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones¹; ello importa asegurar que todos los miembros de la sociedad puedan gozar de los adelantos científicos, especialmente por parte de los grupos más vulnerados.

Esta técnica puede ser utilizada por personas solas, en matrimonio o convivientes, de igual o distinto sexo.

La sociedad actual ha visibilizado la diversidad familiar: familias monoparentales, homoparentales, heteroparentales, familias ensambladas, etc. En este sentido, nuestro país ha sancionado en la última década legislación acorde a la diversidad familiar, tales como la Ley N° 26.618, de Matrimonio Igualitario y la Ley N° 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida.

La gestación solidaria es una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominada/s "requirente/s", sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino única y de pleno derecho con él/la o los/as requirentes, en razón de la voluntad procreacional; es decir, que la fuente de filiación es la voluntad procreacional conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) para los nacimientos derivados del uso de técnicas de reproducción humana asistida. Se trata de un procedimiento basado en las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad previstas en la Ley N° 26.862.

La persona "gestante" no puede utilizar su propio material genético. A su vez, los gametos pueden provenir total o parcialmente de la/s persona/s "requirentes" o provenir de terceras personas donantes.

Terminología

El procedimiento de gestación solidaria, recibe muchos nombres: "gestación subrogada", "maternidad subrogada", "alquiler de vientres", "gestación por sustitución". El giro lingüístico del término gestación solidaria no es casual. Cada acepción está influenciada por los mitos, miedos, prejuicios, ideología y condicionamientos religiosos de quienes la rechazan.

¹ Artículo 15° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Se considera inadecuado el término "maternidad subrogada" principalmente porque el término "maternidad" engloba una realidad más extensa que la gestación. La maternidad (y la paternidad) no se reducen al acto de gestar, sino justamente a la relación vincular, social, afectiva y jurídica que se produce desde el nacimiento. Por lo tanto, la persona gestante no subroga ni reemplaza a nadie en cuanto a la maternidad. Ni hablar en los casos de familias conformadas por hombres, donde ni siquiera habría maternidad para subrogar.

Se desestiman igualmente los términos "alquiler de útero" o "alquiler de vientre", porque no hay un intercambio comercial por el uso de una parte del cuerpo, sino un compromiso más amplio y no necesaria ni estrictamente comercial respecto de todas las personas involucradas. Esos términos pretenden generar un rechazo en la ciudadanía sobre aspectos que no son elementos característicos del procedimiento, como el pago obligatorio de una suma (alquiler) y la idea del útero o vientre como una parte que está dissociada de la persona gestante y, por lo tal, sería el único objeto de contrato.

En la gestación solidaria muchas veces quienes llevan adelante el embarazo son personas conocidas de la/s requirente/s, en donde el aspecto económico puede estar plenamente ausente. Y aún cuando está presente, dado que un embarazo genera gastos (ropa, alimentación, gastos médicos etc) y lucro cesante para la persona gestante, encontramos que en la mayoría de los casos sí existe un sentido de la solidaridad presente en la motivación de todas las partes. Por esta razón tampoco se habla de "comitente/s" -que es una figura ligada al comercio-, sino de "requirente/s", para referirse a la/s persona/s que serán la/s futura/s progenitora/s.

Finalmente, los términos de "subrogación" o "sustitución" presuponen deberes y roles sociales biologicistas. Suponen que debiera existir una "madre" requirente y que estos roles y deberes no estarían siendo correctamente asumidos por ella, sino que lo hace la gestante. Supone que hay roles asignados culturalmente y alguna persona viene a sustituirlos, cuando la práctica tiene su propia realidad en la que nadie está siendo sustituido/a por nadie, sino que los roles están perfectamente delimitados por la voluntad que sirve de base a esta TRA.

Recomendamos entonces la utilización del término "gestación solidaria" porque da cuenta de que la gestación tiene por objetivo una adhesión circunstancial a la causa de otra/s persona/s.

Legalidad de la Gestación Solidaria en Argentina

La Gestación Solidaria es legal en Argentina. Si bien la gestación solidaria no está mencionada expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación o legislación especial, al ser una técnica de reproducción humana asistida, se encuentra contemplada -como un tratamiento de alta complejidad- en la Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

A su vez, destacamos que para que una conducta o práctica sea ilegal en nuestro sistema jurídico, debe estar previa y expresamente prohibida, en función de la manda constitucional de "todo lo que no está prohibido está permitido".

En la práctica registral -específicamente- hemos encontrado un obstáculo en la redacción de un artículo del CCyCN que dice: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento", contradiciendo el mismo título del artículo que expresa: "Voluntad Procreacional". Está claro que en la gestación solidaria "quien da a luz" no tiene, bajo ningún punto de vista, voluntad procreacional. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha superado este obstáculo en la interpretación armónica e integral del propio CCyCN determinando que la fuente de filiación de las/os niñas/os nacidas/os por técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, claramente presente en lxs requirentes y no en la persona gestante.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Contradicción en el CCyCN

Tal como se mencionó, el actual artículo 562 del CCyCN, que regula la “Voluntad Procreacional” es esencialmente contradictorio y su mayor contradicción queda expuesta cuando niños y niñas nacidos/as por la técnica de Gestación Solidaria (Contemplada legalmente como técnica de alta complejidad) requieren acceder a sus derechos.

Dice tal art. 562 CCyCN : “*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer **que también ha prestado su consentimiento** previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*” (El subrayado y la negrita nos pertenecen).

Aquí se manifiestan las contradicciones. La primera es que el título “voluntad procreacional” es definido contradictoriamente por el articulado. En efecto, según este, hay voluntad procreacional cuando una persona da a luz; y de la forma de su redacción será progenitor si da a luz, sin importar si tiene o no voluntad procreacional. Entonces, conforme esta lectura del artículo según su título “hay voluntad procreacional cuando NO hay voluntad procreacional”.

Por otra parte, el mismo artículo dispone que un niño/a es hijo por voluntad procreacional del “hombre o de la mujer que **también ha prestado su consentimiento** previo, informado y libre”. No dice que “también es del hombre y de la mujer...”. Entonces él “también” no se refiere a la calidad de “también ser madre o padre”, sino que debió “también manifestar su voluntad procreacional en el consentimiento libre e informado”.

La contradicción es evidente e insalvable conforme tal redacción. Porque aun si se presumiera que quien dio a luz tiene voluntad procreacional, la misma cae ante la prueba contundente de los consentimientos previos, libres e informados que expresan NO tener la voluntad procreacional que SÍ determina filiación en los nacimientos derivados de las TRHA. Entonces, no estamos solo frente a una violación de garantías y derechos constitucionales, convencionales y legales; sino ante una contradicción que debe ser salvada inmediatamente por el Congreso, so pena de afectar el interés superior de bebés nacidos mediante Gestación solidaria y afectar a sus familias.

La experiencia vía administrativa en la CABA

En 2017 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por una acción colectiva presentada el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), la justicia porteña ordenó – como medida cautelar - que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires inscriba a los/as niños y niñas nacidos/as por gestación solidaria conforme la voluntad procreacional de los/as requeriente/s, sin emplazar a la persona gestante que expresó que NO tiene voluntad procreacional como progenitor/a. A raíz de esta acción colectiva, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA a través de DISPOSICIÓN N.º 93/DGRC/17 (Modificada por las Disposiciones 103/DGRC/17 y 122/DGRC/20), autorizó la Inscripción de los nacimientos de las personas nacidas por gestación solidaria, bajo cuatro requisitos: “1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo”.

La Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT+), que ha asesorado a decenas de familias que ya lo han hecho o lo están haciendo en nuestro país, da cuenta de que en el marco de su acción que rige para la CABA; se han realizado las 151 inscripciones,



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

conforme un informe de mayo de 2024 del REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS de la CABA.

Cabe destacar que recientemente el GCBA ha debido “suspender” la resolución que regula y garantiza el cumplimiento de ciertos requisitos previos a la inscripción en la Ciudad de Buenos Aires, a raíz de una orden de la Jueza Nacional en lo Civil N° 8, Lucila Córdoba. Con lo cual la GS, ahora está desprovista temporalmente -hasta que reanude su vigencia- de un marco legal registral que asegure su transparencia, seguridad y publicidad.

No obstante ello a los fines de la aprobación de este proyecto legislativo, cabe destacar que 2017 y 2024, gracias a un amparo colectivo presentado por la Federación Argentina LGBT+, más de 151 familias que no residían exclusivamente en la Ciudad de Buenos Aires, accedieron al registro de sus hijos por cumplir todos los requisitos impuestos mediante una cautelar y receptados por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA a través de las Disposiciones N° 93/DGRC/17, 103/DGRC/17 y 122/DGRC/20. La cautelar establecía requisitos administrativos, por lo que no era necesario judicializar cada caso, en los que se presentaba ante el Registro Civil los consentimientos previos, libres e informados donde se constataba que la persona gestante no tenía voluntad procreacional y de dónde provenían los gametos. Estos consentimientos eran firmados por el médico/a de la Clínica, la familia, la persona gestante y un escribano/a.

Cabe destacar que incluso mediante estas disposiciones se autorizaba la inscripción de técnicas realizadas por nacionales y migrantes en cualquier parte del mundo, garantizando el derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida sin discriminación alguna bajo pretexto de salud, nacionalidad, orientación sexual o identidad de género ni ningun otro pretexto discriminatorio.

Sin embargo, tan sólo a partir de una nota periodística que reproducía una investigación de la fiscal Alejandra Mángano -sin imputaciones formales- cuyos hechos habrían ocurrido en Córdoba, la jueza Lucila Córdoba del Juzgado Civil N°8 ordenó la suspensión de la regulación de la técnica en CABA y la suspensión de los derechos de todas las infancias involucradas. Esta decisión ha cercenado el derecho de estas familias a su libertad de movimiento y ha sembrado incertidumbre sobre su acceso a derechos fundamentales, especialmente los de estas infancias. Esta sentencia se encuentra apelada.

A pesar de las fuertes pesquisas iniciadas por sectores opositores a esta técnica a raíz de estas sospechas periodísticas, no han resultado en denuncias de víctimas, imputaciones ni condenas en el plazo de su vigencia. Lo cual da cuenta de una experiencia de 7 años en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con resultados exitosos que, a pesar de la falta de regulación no generaron denuncias sobre la vulneración de derechos de ninguna de las partes. Lo que podría haber ocurrido o podría ocurrir y por eso proponemos su regulación.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con fecha 22 de Octubre de 2024 la CSJN dictó un fallo sobre Gestación Solidaria que señala la dramática necesidad de legislar y resolver de una vez por todas este asunto para proteger el interés superior de las partes involucradas.

En este fallo, la Corte no encontró recursos para proteger el derecho a la identidad y respeto por el plan de vida de un niño de 9 años y sus dos padres. Si bien reconoció el conflicto, decidió no resolverlo favorablemente, inclinándose por un método interpretativo limitado (exégeta): *“De modo concordante, se ha enfatizado que no son reglas hermenéuticas aceptables la*



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue. Es el Congreso de la Nación -y no los jueces- quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre el tema, si es que decide hacerlo, pues se trata de una tarea ajena al Poder Judicial, conforme a inveterada doctrina de esta Corte.”

Lo que da cuenta de la necesidad urgente de legislar este asunto es que la CSJN, en su actual composición, entiende que ya no es tarea de la justicia entender y dar respuestas a la protección de los derechos de un niño de 9 años ante una omisión legislativa. Su argumento principal es que los Fallos Sejean y F.A.L. son errores que esta composición de Corte quiere evitar: *“Si bien es cierto que en nuestro país, en temas trascendentes de familia y más allá de que se coincida o discrepe con lo oportunamente resuelto, primero estuvo el fallo y luego la ley, tal como ocurrió con la causa “Sejean” (Fallos: 308:2268) y la posterior ley 23.515, y la causa “F.A.L.” (Fallos: 335:197) y la posterior ley 27.610, este trayecto no puede convertirse en regla, so pena de trastocar el principio de división de poderes previsto por el constituyente argentino al consagrar la forma republicana de gobierno (art. 1º y cc. de nuestra Carta Magna).”*

En otro considerando se señala la potestad de legislar esta materia: *“Que resulta ineludible destacar que es el legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación. A través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial.”*

También manifiesta: *“Que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador en el limitado marco cognoscitivo de un conflicto individual ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquél en ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 340:644, entre otros). Ello es así, máxime cuando, como se dijo, el Congreso, para suprimir la norma del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea.*

En cuanto a la necesidad Estatal de que el Congreso Legisle, se encomienda: *“Es decir, existe un interés legítimo del Estado, a través del Poder Legislativo, de adoptar para todos los casos de utilización de TRHA, un sistema legal para la determinación del vínculo filiatorio que atribuye consecuencias jurídicas razonables a la voluntad de gestar y dar a luz, basándose esta elección en criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta por el legislador que, como principio, no están sujetos al control judicial.”*

En este fallo de aristas angustiantes, finalmente conmina al Congreso de la Nación a legislar urgente para resguardar los intereses y derechos comprometidos: *“Que, en razón de las consecuencias señaladas, teniendo en cuenta la trascendencia de los intereses y derechos que se encuentran comprometidos alrededor de la técnica de gestación subrogada, sumado a la litigiosidad que se ha suscitado en la materia, esta Corte considera necesario poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación este pronunciamiento, a los fines que estime corresponder dentro del marco de las funciones que le incumben.”*

Personas que recurren a la Gestación Solidaria

Existe una creencia generalizada de que la Gestación Solidaria es una práctica reservada a varones gays u otras parejas del colectivo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y trans) que recurren a estas técnicas. Sin embargo, hay muchas parejas heterosexuales, o incluso personas sin pareja, que por deseo o por cuestiones de salud no están en condiciones de obtener o llevar a término un embarazo. Existe en este universo, por ejemplo, personas con endometriosis, pacientes



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

oncológicos/as, imposibilidades relacionadas con fallas funcionales o anatómicas del útero (personas que presentan ausencia del mismo o aquellas que tienen útero pero no es funcional), y personas que sin tener problemas de fertilidad, llevar un embarazo podría implicarle un problema para su salud integral o la del feto. A esta imposibilidad de gestar, a veces se le agrega la imposibilidad de aportar gametos (óvulos o espermatozoides) propios.

Características y motivaciones de las personas gestantes en Argentina

Existen múltiples representaciones en el imaginario colectivo sobre cuáles son las características que comparten y definen a una persona gestante. Hay una creencia arraigada que representa a las personas gestantes como pertenecientes a poblaciones marginadas o grupos vulnerados de la sociedad. Y de ello deriva el principal cuestionamiento ético a esta práctica y la resistencia a contemplar una posible retribución económica para la persona gestante.

En este punto, cabe aclarar que un importante universo de personas gestantes en Argentina está conformado por personas conocidas de la/s persona/s requirente/s. Así tenemos el caso de amigas, cuñadas, hermanas u otras personas cercanas que han sido gestantes, porque conocen y se conmueven con las personas que buscan ser madre/s o padre/s.

También hay que considerar que no es correcto hablar de "mujeres gestantes" para generalizar a las personas gestantes, ya que, por ejemplo, los varones trans o algunas personas no binarias pueden perfectamente serlo.

Condicionan el vínculo con la persona gestante: el profundo deseo de maternidad/paternidad, la necesidad, los miedos, la duración del vínculo - que abarca desde la fertilidad hasta el nacimiento-, la falta de marcos legales, los posibles acontecimientos de un proceso con complejidades médicas, legales y registrales. Todo ello lleva a que la/s persona/s requirente/s tenga/n como factor determinante de la relación, la confianza con la gestante.

En cuanto a qué motiva a una persona gestante a hacer una gestación solidaria, cabe decir que son muy variadas las razones. En primer lugar, existe un eje de solidaridad, de altruismo, de adhesión a la causa de la búsqueda familiar y de conciencia del impacto que tiene en las persona/s requirente/s el alcance de su deseo.

Por otra parte, existen relatos de detractores de esta figura tendientes a favorecer representaciones que apuntan a la inevitable marginación y situación de pobreza de la persona gestante. Este discurso, que no necesariamente se ajusta a la realidad, tiende a reforzar un relato de tabú y de inmoralidad acerca de los aspectos económicos de la gestación solidaria, que opera en contra del reconocimiento de la carga que implica llevar a cabo un embarazo, y de la necesidad cubrir todos los gastos de la persona gestante y compensarla integralmente por las molestias ocasionadas, incluso las que inciden sobre su proyecto educativo, profesional o laboral.

De acuerdo a la experiencia de las familias que utilizan esta técnica en Argentina, las personas gestantes no suelen ser personas con necesidades básicas insatisfechas. Las familias que buscan a estas personas no quieren que la salud y bienestar de su hijo dependa del cuerpo de una persona que tiene carencias. En los casos que pudimos conocer, las personas gestantes querían desarrollar esta actividad porque deseaban agrandar la casa, comprar un auto, terminar una carrera, entre otras razones. Las familias y personas que se ofrecen para gestar suelen conocerse mediante amigas, familia, redes sociales o agencias conformadas para eso. Ninguna de estas formas es ilegal ni es indicadora per se de situaciones de trata o servidumbre.

La mayoría de las personas gestantes son mujeres trabajadoras que buscan ayudar a una familia a concretar un sueño tan importante como el de tener un hijo/a, y en algunos casos también que esa familia les ayude a concretar uno propio o de sus propias familias también. No se ha



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

conocido -hasta ahora- ningún caso en Argentina de personas gestantes que se dedicaran a esto para poder cubrir sus necesidades básicas.

Tampoco ha habido condena penal alguna relacionada con la privación de derechos de personas gestantes.

Actividades lucrativas en torno a esta técnica

Como se dijo, la GS es una técnica de reproducción humana asistida. Todas estas técnicas han generado empresas (clínicas, agencias, etc) que cobran importantes sumas por desarrollarlas en Argentina. Al mismo tiempo, personas de distintas partes del mundo recurren a la medicina en Argentina por su calidad y precio, incluso en el sector privado. Por esos motivos, y porque además Argentina es vanguardia en el mundo respecto del reconocimiento de libertades individuales y los derechos de las familias, muchas familias eligen a nuestro país para desarrollar técnicas de reproducción humana asistida, incluida la gestación solidaria. Estas técnicas son muy costosas y generan importantes ganancias para quienes las desarrollan, como sucede con otras prácticas de la medicina como la cirugía plástica, entre otras. ¿Es posible que el desarrollo de esta técnica sea un negocio? Puede ser, como sucede con muchos aspectos de la medicina en esta sociedad capitalista. Modificar esto o no implica un debate que excede a la Gestación Solidaria en sí. Es ilícito en nuestro país? No hay ninguna norma que la prohíba. ¿Es transnacional? Si, como muchos otros servicios de la medicina en Argentina.

Aportantes de los gametos utilizados en la gestación solidaria

Actualmente los óvulos y espermatozoides utilizados en la gestación solidaria pueden o no ser propios de la/s persona/s requirente/s. A su vez no hay impedimento legal alguno para que la persona gestante aporte sus propios gametos para la gestación. Por el contrario, nuestro CCyCN garantiza la filiación por técnicas de reproducción humana asistida independientemente de quien haya aportado los gametos; porque esa filiación tiene como fuente la voluntad procreacional.

De todas formas, es cierto que debido a cuestiones culturales e históricas, con influencia fuerte de mandatos y roles biologicistas, las instituciones de salud suelen aconsejar que la persona gestante no aporte sus propios gametos, y así sucede en casi todos los casos.

Obligación de las Obras Sociales y Prepagas en la cobertura de la gestación solidaria

La gestación solidaria es una técnica de alta complejidad y por lo tanto está contemplada en la Ley N° 26.862 y debe ser cubierta. Los Agentes Nacionales del Seguro de Salud, las obras sociales y prepagas deben cubrir las técnicas al 100%, incluye todo el proceso de fertilidad, incluyendo gametos y medicación; y la atención durante el embarazo, parto y post parto. A su vez, corresponde señalar que la Organización Mundial de la Salud (OMS), al definir las técnicas de reproducción asistida, expresamente incluye a la gestación solidaria (refiriéndose a ella como "subrogación de útero").

Existen antecedentes en nuestro país en donde prepagas y obras sociales han cubierto la gestación solidaria. Sin embargo, tal como sucede con otras prestaciones del PMO, existe reticencia de estos agentes a brindar cobertura y se obliga a personas beneficiarias y afiliadas a realizar acciones administrativas y judiciales para que se cumpla la prestación.

En el mismo sentido, los efectores del sistema público, como los hospitales públicos nacionales o provinciales, también están obligados a brindar cobertura, y hay antecedentes de hospitales públicos otorgando la prestación de Gestación Solidaria.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Cantidad de familias que han accedido a esta técnica en Argentina

La cantidad de familias que han accedido a la Gestación Solidaria es una cifra imposible de cuantificar porque la falta de regulación opera contra su visibilidad y registro. La Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT+), que ha asesorado a decenas de familias que ya lo han hecho o lo están haciendo en nuestro país, da cuenta de que en el marco de su acción que rige para la CABA; se han realizado las siguientes inscripciones, conforme un informe de mayo de 2024 del REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS de la CABA:

- Año 2018: 4 inscripciones•
- Año 2019: 7 inscripciones•
- Año 2020: 8 inscripciones•
- Año 2021: 21 inscripciones•
- Año 2022: 27 inscripciones•
- Año 2023: 65 inscripciones•
- Año 2024: 19 inscripciones (hasta el mes de marzo)

A este registro de 151 infancias y sus familias, se deben agregar los casos judicializados. Ya que, al no existir una forma unificada para acceder al registro de esos/as hijos/as, depende de cada estrategia de las personas requirentes. Existen más de 80 casos judicializados en nuestro país.

Inscripción de los/as niños/as nacidos/as por gestación solidaria en Argentina

Está difundido el relato de personas que residen en Argentina que realizan gestación solidaria en otros países, luego con su hijo/a ya nacido/a vienen a la Argentina, y obtienen la inscripción. Existen en estos casos, múltiples países en donde esta práctica está regulada: Georgia, Ucrania, India, Rusia, Finlandia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil, España y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros. En estos casos, los progenitores solían inscribir a sus hijos/as como ciudadanos/as de dichos países. La FALGBT+ intervino en los primeros casos que permitieron la inscripción en Argentina de las personas cuya gestación solidaria se realizó en el exterior, allanando ese camino.

Actualmente, en Argentina, es posible realizar la práctica en cualquier parte del país. Para ello se plantean acciones judiciales para concretar que no se emplace a la persona gestante como progenitora, y que se complete la inscripción registral con quien/quienes sí han tenido voluntad procreacional, y así garantizar la real identidad del niño/a.

En cuanto a la judicialización, existen casos en donde se realizan de manera previa a la práctica y otros en los cuales se realiza durante el embarazo o cuando la/el niña/o nace. A la luz de la práctica actual, deviene un contrasentido exigir la judicialización previa de una práctica que no sólo no está prohibida, sino que es un derecho reconocido a cualquier persona o familia por la Ley de Reproducción Humana Asistida en nuestro país.

En cuanto a la legalidad de la práctica, no sólo ha sido reconocida judicialmente, sino que los proyectos de ley que -desde distintos sectores políticos-, incluso el texto original del Código Civil presentado por la ex Presidenta Cristina Fernández y los proyectos presentados por diversos autores de diverso espectro político, proponen regular la técnica para proteger a todas las partes, en ningún caso proponen prohibir ni criminalizar a les que participan en ella.

Argentina es un país con alta calidad en materia de medicina y principalmente un país de vanguardia en el respeto por las libertades de las personas y por ello se han sancionado las leyes de divorcio, Matrimonio Igultario, Identidad de Género, entre otras.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Gestación Solidaria y clase sociales: las personas requirentes

Originalmente la práctica estaba al alcance de personas con recursos para realizar gestación solidaria en el exterior. Actualmente la Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, no habría razones para que dicha práctica sea un privilegio que excluya a sectores de bajos recursos.

Como producto del esfuerzo mediático de cierto sector que pretende teñir de siniestro el derecho a acceder a una paternidad mediante técnicas de reproducción humana asistida; es que muchas familias diversas se ven criminalizadas, al igual que quienes les prestan ayuda. Y como sucede con todos los derechos cuyo goce son sospechados de delitos del talante de la “trata”, “la reducción a la servidumbre”, “la compra-venta de personas”, “la sustitución de identidad”; su acceso se vuelve una quimera y hasta un riesgo. No es casual entonces, que una técnica que debiera ser accesible, gratuita y oportuna conforme la ley 26.862; quede reservada sólo a personas con altos recursos que estén en condiciones de pagar el costo de abogados, escribanes, centros de fertilidad y profesionales que estén dispuestos a verse involucrados en acusaciones penales.

Consideramos, que sería necesario que a nivel federal rija la misma normativa que se encuentra momentáneamente suspendida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y se dicte una ley nacional para regular la práctica de modo accesible a toda la ciudadanía, sin que requiera judicializar esta técnica ya que esto lo haría menos accesible, especialmente para las personas que no tengan recursos para pagar la judicialización.

También detectamos que la falta de regulación especial permite que en la práctica muchos centros de fertilidad fijen discrecionalmente tarifas distintas para una idéntica técnica médica, determinando un valor mucho mayor, si se trata de gestación solidaria.

Los precios en el exterior son excesivos, sumado a lo que implica viajar y llevar adelante todo el embarazo y nacimiento en otro país. Algunos testimonios, comparan esta decisión con comprar una vivienda, y ello lo hace privativo para un gran universo de personas, siendo que debiera gozar de la accesibilidad que corresponde a todos los métodos de reproducción asistida.

Con el trabajo de organizaciones sociales como la FALGBT+, diversas familias han podido realizar gestación solidaria en Argentina, de manera administrativa, en hospital público, con cobertura al 100% de agentes de salud (obras sociales y prepagas). Independientemente de la regulación de la técnica en nuestro país, las personas que poseen altos recursos siempre van a tener posibilidad de acceder a abogados/os, prepagas, escribanas/os, centros de fertilidad, tecnología y tratamientos en el exterior.

El verdadero desafío en la regulación de esta técnica es lograr que los sectores populares puedan tener acceso a ella. Gracias a la lucha en los planos judiciales, administrativos y con las organizaciones, decenas de familias -que no necesariamente pertenecen al colectivo de la diversidad sexual- ya tienen sus hijas/os inscriptas/os conforme su voluntad procreacional; y miles de familias más ya cuentan con herramientas que nunca tuvieron para acceder a sus proyectos de maternidad/paternidad. Cualquier regulación a futuro debería entonces tener presente las virtudes y el desarrollo progresivo en el acceso a estos derechos.

El procedimiento administrativo como el mejor camino de acceso a la gestación solidaria y la impertinencia de su autorización previa por vía judicial



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

La judicialización previa a la realización de esta técnica de reproducción humana asistida implicaría un retroceso en materia de derechos humanos de todas las partes involucradas y redundaría en un posicionamiento prácticamente prohibitivo de la gestación solidaria:

1. En primer lugar, existe jurisprudencia de Cámara que se pronuncia a favor del trámite administrativo: En el amparo colectivo presentado por la FALGBT y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros contra GCBA y otros por amparo -otros" Expediente A1861-2017/0. Existe un fallo de Cámara que ordena que la inscripción se realice sin necesidad de judicializarse y de manera posterior al nacimiento.

2. La GS por vía administrativa registral ya ha funcionado y ha sido regulada: A raíz de este amparo colectivo, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA a través de DISPOSICIÓN N° 93/DGRC/17 (Modificada por las Disposiciones 103/DGRC/17 y 122/DGRC/20), reguló la Inscripción de los nacimientos de las personas nacidas por gestación solidaria, bajo requisitos objetivos y más de 151 familias ya han accedido a ella.

3. La legislación comparada rechaza la autorización judicial previa: En un trabajo publicado por Eleonora Lamm (Gestación por sustitución. Realidad y Derecho), se advierte que de todos los países en donde es legal la Gestación Solidaria, solo en uno (Grecia) se requiere autorización judicial previa.

4. La Defensoría del Pueblo de la Nación recomienda la vía administrativa: este organismo emitió el 11/09/2019 la Resolución N° 95/2019 por medio de la cual dispuso (Art. 4°) "RECOMENDAR al Señor Director General del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires que en el plazo más breve posible arbitre las medidas que en su caso corresponda con el propósito de proceder a inscribir conforme la voluntad procreacional de los interesados, todos los nacimientos por técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada "gestación por sustitución" o "útero subrogado". y (Art. 5°) "Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN a la Comisión Bicameral de seguimiento del Defensor del Pueblo de la Nación en el Congreso de la Nación, para que arbitre las medidas que en su caso corresponda a fin de dar intervención a las comisiones que tengan o puedan tener relación con la temática aquí planteada."

Requisitos para la procedencia de la Gestación Solidaria

En el presente proyecto se propone un proceso administrativo previo de homologación del Acuerdo de Gestación Solidaria, con la convicción de que es un derecho reconocido a cualquier persona o familia por la Ley de Reproducción Humana Asistida en nuestro país.

En lo que respecta a los requisitos, consideramos que no sería conducente exigir requisitos exorbitantes que distorsionan y restringen el acceso a la práctica con impacto discriminatorio. Tal sería, por ejemplo, si se incluyeran exámenes de aptitudes para ser padre/madre. Cabe destacar que existen actualmente diversos casos en donde parejas requirentes han judicializado previamente y ningún caso en los que tengamos conocimiento, los juzgados han verificado requisitos tan extremos como los que a menudo se pretende legislar.

Sería necesario entonces legislar por la certidumbre, estableciendo parámetros objetivos que puedan ser constatados por autoridades administrativas y no por juicios subjetivos, patologizantes o inquisitivos sobre pretendidas cualidades para ser progenitor/a. La principal exigencia de las partes que participan de la técnica y que reclaman la sanción de una ley es: seguridad jurídica asentada sobre parámetros objetivos, sin que sean permanentemente



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

estigmatizadas por elegir esa TRHA. La ley que sancione el Congreso debe brindar una respuesta no evasiva a la incertidumbre que angustia a quienes atraviesan una GS.

La inscripción registral es simple y el cumplimiento de sus requisitos no están sujetos al arbitrio de nadie: Los únicos requisitos formales y de fondo que verifica el registro civil de la CABA son: "1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo". Su funcionamiento es pleno y no ha sido objeto de ningún cuestionamiento. Por el contrario, ha traído grandes beneficios para el acceso a los derechos reproductivos de decenas de familias, pero por sobre todo al rápido acceso al derecho a la identidad de niños y niñas."

Derecho comparado

Con relación al Derecho Comparado, se puede observar que la admisión de esta práctica es amplia en varios países: Georgia, Ucrania, India, Rusia, Finlandia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil, España y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

En cuanto a Finlandia, su legislación prevé que "*Las personas solas y las parejas del mismo sexo tienen acceso a estas técnicas -de fertilización asistida-, a practicar la maternidad subrogada, y a todas las formas de concepción con donantes*"²

Actualmente, el derecho comparado tiende hacia la regulación y flexibilización de la figura de la Gestación Solidaria.: "*Muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (ACT (2004)), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta (2010)), Columbia Británica (2011, aún no en vigor), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010).*

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando: tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España"³.

Descripción del proyecto

El proyecto plantea un punto jurídicamente relevante, ya que se propone sustituir la presunción de "maternidad" prevista en el artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación, por la filiación que determina el Instrumento suscripto por las partes con el Centro Médico habilitado.

Es decir, que se propone sustituir la presunción que surge del hecho del "parto" ("maternidad"), en relación a las personas nacidas por Gestación Solidaria, por la de la "voluntad procreacional" de los/as "requirentes". En consecuencia, la maternidad o paternidad se

² Famá, María Victoria. "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación". En LL.

³ "Gestación por Sustitución". Realidad y Derecho. Lamm, Eleonora. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina (CONICET).



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

corresponderá con la/s mujer/es y/o el/los varón/es sin cuya acción, y prescindiendo de su participación biológica o genética, no hubiese/n dado origen a una vida que desea/n.

Las posiciones extremas de emparentar la maternidad o paternidad al hecho biológico desconocen la realidad imperante en la complejidad de las relaciones interpersonales, y cuando *"el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, estas teorías no sólo se derrumban sino que se niegan apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre"*⁴. Estas posiciones extremas *"degradan la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que la criatura humana representa fundamentalmente un ser cultural y social"*⁵.

Podemos afirmar, entonces, que en la práctica de cualquier técnica de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es el elemento suficiente para un nacimiento y nos encontramos en condiciones de prescindir como hecho determinante de los elementos genéticos y biológicos. La sola voluntad de una persona o una pareja conduce a que un hijo nazca *"por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido"*⁶. *"Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es, que se habla de una 'desbiologización de la paternidad' focalizándose en la 'parentalidad voluntaria' como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas"*⁷.

Retomando el "derecho a la procreación", y siguiendo la línea de la jurisprudencia mentada, entendemos que el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad para seleccionar los medios necesarios para ejercerlo. Dice Arámbula Reyes: *"La garantía debe interpretarse no como un positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo... en el caso de la subrogación, es la subrogada la que está ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien, en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones del Estado en el ejercicio de ese derecho"*⁸.

Desde hace años que en el país se practica la Gestación Solidaria, aún cuando no cuenta con una regulación específica, que entendemos requiere atento sus características particulares.

⁴ Arámbula Reyes, Alma. "Maternidad Subrogada". Centro de Documentación, Información y Análisis de Servicios de Investigación. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados de México. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

⁵ Mizrahi, Mauricio L., "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LA LEY, 2004-E, 1197

⁶ Rivero Hernández, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Trivium, Madrid, 1988, p. 146. Citado por Famá, María Victoria. "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación". En LL.

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora. "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", En: LL 20/09/2010, 20/09/2010, 1.

⁸ Arámbula Reyes, Alma. "Maternidad Subrogada". Centro de Documentación, Información y Análisis de Servicios de Investigación. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados de México. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Ante esta situación, las personas o parejas que cuentan con los recursos económicos suficientes realizan dicha práctica en el exterior, en países donde se encuentra específicamente regulada; importando ello una abierta desigualdad.

En este sentido, a través de lo previsto en el proyecto, se prevé el control inexcusable del Estado, tanto a través de las condiciones técnicas que establece para la concreción de la práctica en Argentina, y a través de la autorización que otorga a los centros de salud públicos o privados que puedan prestar este servicio.

Con relación a la Jurisprudencia en relación a la Gestación Solidaria, cabe citar el histórico fallo dictado por Los Angeles Superior Court, en 1998, reconociendo la copaternidad de una pareja de varones que había celebrado un acuerdo de Gestación Solidaria. En este caso, la defensa alegó la igualdad de derechos reproductivos de las parejas heterosexuales y homosexuales⁹.

En cuanto a los antecedentes de inscripciones de nacimientos de hijos/as de parejas conformadas por varones, concebidos mediante el método de Gestación Solidaria efectuada en el extranjero, existen numerosos antecedentes patrocinados por la Federación Argentina LGBT (FALGBT). Entre ellos:

- "D., C. G. y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo (art. 14 CCABA). Expte N° 44004/0, ¹⁰
- "M., A. C. y otros c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA). Expte N° 46288/0,
- "L., R. R. y M., H. J. c/ GCBA s/ Amparo" ¹¹, entre otros.

En los casos citados, la Ciudad de Buenos Aires se allanó y la Justicia ordenó la inscripción del nacimiento de los hijos/as de los actores, concebidos mediante el método de Gestación Solidaria en el extranjero (Rusia e India), en forma igualitaria y sin discriminación alguna, garantizando y reconociendo la copaternidad igualitaria registral.

En los tres casos, fueron implantados los embriones en el útero de la "gestante", obtenidos por la inseminación de los gametos de uno de los miembros de la pareja de varones. Aunque uno de ellos es padre biológico, el Estado reconoció la copaternidad en virtud de la común voluntad procreacional. Los fallos dejan en claro que la "gestante" nunca adquiere calidad de madre, siendo los/as nacidos/as hijos/as, únicamente, de los/as "requirentes" (quienes, además, son los únicos que transmiten la ciudadanía).

La legislación vigente en virtud de la cual se autorizaron las inscripciones es:

- El derecho a la igualdad y no discriminación que consagra nuestra Constitución Nacional.

⁹ "Two men and a baby", en Journal assisted reproductive law, <http://www.surrogatelaw.org/baby.htm>
Citado en: Arámbula Reyes, Alma. "Maternidad Subrogada". Centro de Documentación, Información y Análisis de Servicios de Investigación. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados de México. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

¹⁰ "Paternidad por partida doble". Página 12. 1° de agosto de 2012. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200027-2012-08-01.html>

¹¹ "Somos una pareja gay que cumplió su sueño de tener un hijo". Clarín, 5 de julio de 2014. http://www.clarin.com/sociedad/pareja-cumplio-deseo-tener-hijos_0_1169283257.html



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

- El art. 42 de la Ley N° 26.618, que prevé que las parejas del mismo y de distinto sexo gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones,

- La Ley N° 26.06, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que contempla en su art. 3° el "interés superior del niño",

- La Resolución N° 38- SSJU-2012, dictado por la Subsecretaría de Justicia de la CABA, la cual prevé que "en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de los niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores" (art. 1°). Se puede observar que la resolución no hace distinción por el género de los/as progenitores/as.

Al respecto, la Subsecretaria suscribió un acuerdo judicial homologado en los autos "Labrys Asoc. Civil c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA), Expte 42055, en el que expresamente el Gobierno de la Ciudad "reconoce y garantiza el derecho a la comaternidad y copaternidad registral a partir del dictado de la Resolución n° 38-SSJU-2012, sin ningún tipo de distinción, para matrimonios, parejas y en vínculos familiares",

- El art. 11° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que "reconoce y garantiza el derecho a ser diferente", no admitiendo discriminaciones por pretexto de "orientación sexual".

Asimismo, los fallos abrevan en los principios generales del derecho, el interés superior del niño y la protección integral de la familia.

En el fallo "L. R. R.", ante la argumentación de los actores de que, si se tratase de una pareja heterosexual, en la misma situación, no hubieran necesitado recurrir a la justicia, la jueza Elena Liberatori hace mención a la Ley N° 26.413, del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que en su art. 36 ordena que la inscripción se efectúe a nombre del padre y la madre o de ambas madres; por lo cual existe un vacío normativo al respecto y que ello constituye una "...flagrante desigualdad y discriminación en perjuicio de parejas conformadas por dos hombres... quienes biológicamente no tienen otra alternativa que recurrir a una mujer para poder concretar su deseo de ser padres".

En ese sentido, la Dra. Liberatori entendió que, procedía la aplicación analógica de la ley y entender así que la inscripción registral de los/as hijos/as de una pareja conformada por dos varones debe ser idéntica al de una pareja heterosexual o a una pareja conformada por dos mujeres. Citando, también, el art. 10° de la Constitución de la Ciudad que establece que: "Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Otro aspecto que trata la jueza en su fallo es el "derecho a la identidad" del/la niño/a nacido/a, que "ha de hacerse efectivo mediante el reconocimiento de ambos padres que es lo que efectivamente se corresponde con su realidad merecedora de inmediato amparo".

Cabe mencionar que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la figura de la Gestación Solidaria, la cual fue finalmente eliminada en el texto que fuera aprobado mediante la Ley N° 26.994.

La Comisión designada, mediante el Decreto Presidencial N° 181/2011, para elaborar el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, estuvo integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, la Vicepresidenta del mismo cuerpo, Dra. Elena Highton de Nolasco, y la Jurista y ex Jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Dra Aída Kemelmajer de Carlucci.



Proyecto de ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

El Anteproyecto fue presentado por la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, el 27 de marzo de 2012; en su discurso hizo especial mención a la figura de la "gestación sustituta".

Al respecto, la Dra. Aída Kemelmajer dijo que "...siendo una práctica médica que se realiza en Argentina desde hace muchos años, la mejor solución es regularla, no silenciarla, ni prohibirla...."¹²

En el mismo sentido, la Dra. Kemelmajer señaló: "Usted puede ponerse del lado de aquellos que en 1616 intentaron detener a Galileo acusándolo de querer jugar a ser Dios, o... ponerse a tono con la realidad, no desconocer los avances científicos; darse cuenta que hay un derecho humano a tener acceso a esos avances..."¹³

Para concluir, el proyecto establece una cláusula transitoria para resolver y reparar las situaciones en las que se encuentran las familias que hicieron tratamientos de Gestación Solidaria previo a la eventual entrada en vigencia de este proyecto de ley. Así se establecen no solo mecanismos para garantizarles el acceso a una correcta registración, sino además una correcta reparación integral por los daños que les generaron las omisiones estatales. El fundamento de la indemnización es reparar los daños morales a los niños, pero también los daños patrimoniales de las familias que por la omisión o negligencia de los operadores judiciales del Estado han debido destinar cuantiosos recursos económicos para sortear la criminalización de sus personas o de las que les prestaban apoyo profesional, el estado de privación de derechos de sus hijos y de sus familias, entre otros. En algunos casos, los más dramáticos, se recurrió a la criminalización y disciplinamiento de las propias niñeces, a quienes se les sustrajeron las identidades reales y se les privaron de sus derechos a circular, regresar a sus hogares, contactarse con su familia o acceder a una cobertura de salud.

Por todo lo expuesto solicito a mis colegas que me acompañen con la sanción de este proyecto de ley.

FIRMA: DIP. ESTEBAN PAULÓN

ACOMPañAN: DIPUTADA MONICA FEIN

DIPUTADA SILVANA GIUDICI

DIPUTADA ANA CAROLINA GAILLARD

¹²<http://www.jornadaonline.com/Mendocinos%20Famosos/106904-A%C3%ADda-Kemelmajer-de-Carlucchi-La-justicia-es-mujer->

¹³ <http://www.publicacions.ub.edu/refs/indices/07942.pdf>