

(S-2574/15)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución a los efectos de:

- a. Garantizar el interés superior del niño que nace
- b. Proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen
- c. Brindar un marco jurídico que garantice el pleno ejercicio de los derechos y otorgue seguridad jurídica.

Artículo 2°. Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es una forma de reproducción humana médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 3°. Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces

Título II. De los requisitos de las partes.

Artículo 4°. Requisitos referidos a la gestante. La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos:

- a) Tener buena salud física y psíquica;
- b) No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- d) Haber dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Artículo 5°. Requisitos referidos a la parte comitente. Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos:

- a. Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.

b. La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño por nacer.

c. La persona o una de las personas comitentes deben tener 3 años de residencia ininterrumpida en el país.

Título III. De la autorización judicial

Artículo 6°. Autorización judicial. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

Artículo 7°. Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben petitionar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición:

a. Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo.

b. Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante

c. Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer.

d. Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado.

e. Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda.

f. Cualquier otra información de interés para la alcanzar la autorización que se pretende.

Título IV. Del equipo multidisciplinario

Artículo 8°. Equipo multidisciplinario. El equipo multidisciplinario existente en el ámbito del poder judicial local, o el que se cree a los efectos de esta ley, debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.

El equipo multidisciplinario se conforma por un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social.

Artículo 9°. Dictamen del equipo multidisciplinario: El juez debe contar con un dictamen del equipo multidisciplinario que debe:

- a) Evaluar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter.
- b) Evaluar la idoneidad de o de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución.
- c) Constatar que la o las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer.

El equipo interdisciplinario tiene las demás funciones que prevean las autoridades y que, en cada caso, fije el juez.

Titulo V. De los requisitos para la homologación del acuerdo.

Artículo 10°. Homologación del acuerdo. El juez debe homologar el acuerdo de gestación por sustitución sólo si:

- a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño que pueda llegar a nacer a través de esta técnica;
- b) el equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente.
- c) la parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento.
- d) La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz.
- e) Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

Artículo 11. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas.

Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley.

Artículo 12. Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial.

La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el post parto.

La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto.

El Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Artículo 13. Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Título VI. Del registro de gestantes.

Artículo 14. Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución y articula con los Registros que se creen a Nivel Provincial.

El registro de gestantes tendrá las demás funciones que se establezcan.

Artículo 15. Información del registro. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.

Título VII. De los efectos de la resolución judicial

Artículo 16. Resolución judicial. Efectos. Autorizado el acuerdo de gestación por sustitución, el juez emite una resolución judicial declarando que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que nazca como consecuencia de la técnica.

La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución.

La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por

sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

Artículo 17. Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Artículo 18. Partida y certificado de nacimiento. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución

Artículo 19. Cumplimiento del acuerdo. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente.

Artículo 20. Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución, debe resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento para autorizar la gestación por sustitución.

En todo caso, se debe atender al interés superior del niño en el caso concreto, y a la voluntad libremente expresada por las partes.

Título VIII. Del derecho a conocer.

Artículo 21. Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzada la edad y madurez suficiente.

Título IX. De los efectos de la falta de autorización judicial

Artículo 22. Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Título X. Incorporaciones al Código Penal

Artículo 23. Incorpórese el ARTÍCULO 139 ter al código penal, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 Ter: Será reprimido con reclusión o prisión **de uno a de 3 a 6 años e** inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediere constancia de donación de embriones”.

Artículo 24. Incorpórese el ARTÍCULO 139 quater al código penal, el que quedara redactado de la siguiente manera:

“Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo”.

Artículo 25. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Laura G. Montero. –

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

La gestación por sustitución es generalmente conocida con la expresión maternidad subrogada, aunque se utilizan diversos términos¹ para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero,

¹ Véase MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J. M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson. Madrid. 1994, pp. 22

madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros.

El derecho comparado tampoco presenta uniformidad terminológica.

a- Entre los anglosajones, especialmente a partir del Informe Warnock, se encuentra generalizado el empleo del término surrogate mother y en general a la figura se la llama surrogacy.

b- En Francia se utilizan indistintamente las expresiones mère de substitution, mère porteuse, gestation-pour-autrui, mère de remplacement y pret d'úterus.

c- En Italia se emplea affitto di útero, así como también la expresión locazione di útero.

d- En Alemania se designa con la expresión Leihmutter.

e- En España la ley hace referencia a la gestación por sustitución, aunque los términos empleados más frecuentemente son los de “maternidad subrogada”, “vientre de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras” y “madres gestantes”.

f- En México, el Código Civil de Coahuila, habla de maternidad subrogada; el Código Civil de Tabasco distingue entre maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta según la gestante aporte o no material genético; mientras que el proyecto de ley del Distrito Federal la llama gestación subrogada.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético.² Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo.

Además, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad”, no es la adecuada. La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de “gestación” en lugar de “maternidad”, pues de lo que

² Véase la explicación terminológica de la Uniform Parentage Act, 2002.

se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para gestar el embrión genético o no de otro.³

En definitiva, es incorrecto hablar de “maternidad subrogada”; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. La maternidad sólo se puede vivir en primera persona. Igualmente erróneo es el vulgarismo “vientre de alquiler”, su matiz peyorativo es tan evidente como cuando en los 80 se hablaba de “bebé probeta”.⁴

Por esto es que la denominación más adecuada sería «gestación de sustitución», puesto que se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro de los términos a los que he hecho referencia.⁵

En similar sentido, se utiliza la expresión “comitentes” para referirse a quienes recurren a la gestación por sustitución. Esta es una terminología que ha adoptado la doctrina y los activistas defensores de la figura. Se la prefiere a la denominación “padres de intención” porque intención no es sinónimo de voluntad y porque en general hay también aporte genético.

La gestación por sustitución ha irrumpido en la sociedad como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre.

En Mendoza tenemos una sentencia sobre el primer caso de gestación por sustitución, que tiene lugar luego de otros varios fallos sobre esta figura que obligan a retomar, afianzar, y a la vez renovar, los argumentos a favor de su regulación legal. La falta de marco jurídico está generando una jurisprudencia que poco a poco se va consolidando, lo que amerita revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada.

Como es bien conocido, el Anteproyecto elaborado por la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores.

No obstante su eliminación, la GS no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy,

³ VELEZ CORREA, L. A. *Ética médica. Corporación para investigaciones biológicas*. Colombia. 3ª Ed. 2003, pp. 195.

⁴ VILA CORO, A. “Madre no hay más que cinco.” El Huffington Post. 27/10/2012. Disponible en: http://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc_b_1967162.html.

⁵SOUTO GALVÁN, B. “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp.275-292. En pp. 283 y 284.

cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con el o los comitentes.

Ahora bien, esta jurisprudencia, aunque subsana de alguna manera la falta de regulación, no por ello obsta a que también se produzcan vulneraciones a los derechos de los niños que nacen por GS, en especial si se tienen en cuenta los motivos que llevan a la judicialización, las circunstancias que los rodean, las estrategias legales de cada caso, la discrecionalidad judicial, y los diferentes aspectos resueltos.⁶

Una de las estrategias legales,⁷ consiste en no inscribir al niño nacido por GS hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de los comitentes.⁸ Esto implica que si bien en los hechos el niño vive con quienes se comportan como sus padres y/o madres, quienes lo quisieron y provocaron su nacimiento, la realidad legal es que jurídicamente no solo no está determinado ese vínculo jurídico con ellos, sino que además el niño no tiene DNI, con lo que se viola su derecho a estar inmediatamente inscripto, a tener vínculo filial, y a su identidad, y con ello, su derecho a la salud, a la vida privada y familiar, a la educación, entre muchos otros, atento a que la falta de DNI puede significar una barrera para acceder a una importante variedad de derechos de distinto tipo.

Otra estrategia consiste en impugnar la maternidad de la persona gestante por no ser la “madre biológica” y luego reclamar la maternidad de la comitente.⁹

Esta estrategia, aunque a diferencia del supuesto anterior el niño sí tiene DNI, igual se violan otros aspectos de su derecho a la identidad.

⁶ Según se informa en una nota del diario Clarín, “en Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la Capital, no paran de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detalla a Clarín, Sergio Pasqualini, director del centro.” http://www.clarin.com/sociedad/Nuevas_familias-Maternidad_subrogada-Ventre_prestado-Ovodonacion-Halitus_0_1379262160.html

⁷ Esta estrategia ha perdido virtualidad con la inscripción de oficio que regula el artículo 28 de la ley 26413.

⁸ Ver Juz. Nac. Civ. nro. 83, “NN O, s/INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO”, 30/06/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Así se procedió también en el caso del Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, cita Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

⁹ Juz. Nac. Civ. nro. 102, “C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M. L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD”, 18/05/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Véase, también Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita La Ley online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

Sucede que no permite determinar la filiación respecto de la comitente sino hasta luego de la sentencia que así lo reconoce – cabe destacar que en el caso de Gualeguaychú ya citado esto demoró casi 4 años – con todos los perjuicios que eso implica: violación del derecho a tener vínculo filial, a la mayor celeridad en la determinación legal de la filiación, a la identidad, en cuanto el DNI no se corresponde con la realidad familiar del niño, entre otros.

Sin perjuicio de lo dicho, y cualquiera sea la estrategia judicial que se utilice a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes, como se dijo, el tiempo que implican estos procesos, y el hecho de que sean posteriores al nacimiento del niño, generan otros cuestionamientos y posibles perjuicios. ¿Qué pasa si luego de nacido el niño los comitentes se arrepienten? ¿Si nace un niño con malformaciones o enfermedades?¹⁰ ¿Si los comitentes se divorcian o fallecen? ¿Si fallece quien no tenía vínculo jurídico, quedando el niño privado de, por ejemplo, la capacidad de heredarlo? ¿O si quien fallece es quien sí tenía vínculo jurídico, quedando entonces el niño sin emplazamiento? La casuística es inmensa, siendo imposible prever la totalidad de las posibles vulneraciones.

Como se ha dicho tantas veces, la GS es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los comitentes de modo que cuando nazca el niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

En otras palabras, la intervención – judicial¹¹ - debe ser previa a la provocación del embarazo. Esta intervención es a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reúnen los requisitos que – de alguna manera, porque toda práctica puede tener complicaciones – permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; 2) se verifique el pleno consentimiento de la persona que va a actuar como gestante y que la decisión es acorde al interés superior del niño; y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron este embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos.

¹⁰ Véase por ejemplo el caso de Gammy, el niño nacido por GS en Tailandia de una pareja australiana, que tras nacer con síndrome de down fue rechazado por los comitentes.

¹¹ A diferencia de otras posiciones que proponen la intervención de un notario, u otros organismos, (La propuesta de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España también propone que se realice a través de un contrato ante un notario. Para más información visítese su sitio en internet: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.html>. El Código de Familia de Sinaloa exigen la intervención de un notario) por mi parte considero que la figura del magistrado es la que ofrece más garantías, asegura con mayor certeza el cumplimiento de los requisitos y posee la autoridad, imparcialidad, idoneidad y competencia necesaria para autorizar una gestación por sustitución. La propia complejidad de la GS demanda mayores exigencias. Vela Sánchez, opta por exigir la intervención de un notario público ante el colapso judicial. VELA SÁNCHEZ, Antonio. J. “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.” Comares. Granada, 2012. pp. 111

Este proyecto de ley procura entonces dar un marco legal que proteja jurídicamente a todas las personas que intervienen otorgando seguridad jurídica. Para ello se lo ha pensado y escrito en absoluta consonancia con el nuevo Código Civil y comercial, resultando en todos sus aspectos compatible y complementario del flamante texto civil.

Además, y a los efectos de proteger la identidad de las personas que nacerán por gestación por sustitución, evitar la comisión de actos abusivos o escrupulosos y de prevenir que personas se beneficien económicamente con esta técnica, es que se propone añadir dos tipos penales en el título IV destinado a los Delitos Contra El Estado Civil, en el capítulo II relativo a la Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad. Estos tipos sancionan a quien facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial. Al estar correctamente permitida la donación de embriones en nuestra legislación conforme la ley 26862 y su reglamentación, es que el apartado segundo de este artículo exige su constancia para que con esta medida no se oculte una gestación por sustitución.

También se sanciona a quien intermediare entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo, aclarándose que las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe destacar que esta ley también se impulsa porque la falta de regulación generó además que la gestación por sustitución se llevara a cabo en el extranjero. En nuestro país han tenido lugar ya diferentes resoluciones judiciales dictadas a los efectos de paliar los inconvenientes surgidos de la gestación por sustitución internacional. Se encuentran, entre otros, el caso de Alejandro y Carlos, que recurrieron a la GS en India, donde nació Tobías, su hijo;¹² El caso, de un matrimonio homosexual que recurre a la GS en Rusia y como consecuencia en abril de 2011 nacen gemelas;¹³ El caso de Hernán y Rolando una pareja no casada que celebró un acuerdo de GS en la India utilizando óvulo donado y esperma de uno de ellos;¹⁴ el caso de Cayetana, la niña hija de una madre argentina y un padre español que nació por GS en la India y quien se encontró durante

¹² Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012.

¹³ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.

¹⁴ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11 – 01- 2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

semanas en un limbo jurídico;¹⁵ el caso de unos mellizos nacidos en México...¹⁶ más recientemente ha tenido lugar otro caso de una pareja casada que recurre a la GS en India.

Fue precisamente la gestación por sustitución internacional la que además de evidenciar una realidad, puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por gestación por sustitución en el extranjero, lo que vino a confirmar la ya existente necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura.

La gestación por sustitución internacional demostró y advirtió que la prohibición solo conducirá a situaciones injustas, discriminatorias y, en muchos casos, en graves perjuicios para los niños nacidos como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran ante la práctica realizada no obstante su prohibición.

Consecuentemente, una regulación que contemple la gestación por sustitución y permita acceder a ella en condiciones igualitarias disminuirá además el turismo reproductivo, y con esto, todos los problemas e injusticias que de él emanan.

Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

De conformidad con los estudios empíricos realizados en familias que han recurrido a la gestación por sustitución, se puede afirmar que esta no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida.

La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia en el derecho comparado. 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. Incluso, muchos estados se están cuestionando su regulación.

¹⁵ Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo (JFlia)(SanLorenzo). 02/07/2012, “S.G.E.F.y.G.C.E.” *DFyP* 2013 (abril), pp. 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci. Cita Online:AR/JUR/62130/2012

¹⁶ <http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/02/ACTA-REGISTRAL.pdf>

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando.

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 sólo 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.

En segundo lugar, la ley no brinda solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Ante esto cabe preguntarse: ¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”? Si se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos por no poder aportar sus óvulos, habría que permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar.

Las prohibiciones legales – o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal - son discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los países donde dicha práctica está permitida.

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades. Esta es la respuesta que mejor satisface el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

Para un pequeño grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de crear una familia, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie el ejercicio de los derechos reproductivos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre, que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

Por las razones expuestas solicito a mis pares acompañen la presente iniciativa.

Laura G. Montero. –