

QUEREMOS NUESTROS HIJOS

LIBRO 1°

DR. JUAN PABLO ROJAS PASCUAL



**PRIMER PROYECTO DE LEY SOBRE
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN -
MATERNIDAD SUBROGADA
PRESENTADO EN LA PROVINCIA DE
MENDOZA - REPUBLICA ARGENTINA**

AUTOEDICIÓN - MAYO 2015

QUEREMOS NUESTROS HIJOS

LIBRO 1°

**PRIMER PROYECTO DE LEY SOBRE
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN -
MATERNIDAD SUBROGADA EN
MENDOZA**

MAYO 2015

QUEREMOS NUESTROS HIJOS

Libro 1º

Primer PROYECTO DE LEY sobre GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN - MATERNIDAD SUBROGADA en MENDOZA

JUAN PABLO ROJAS PASCUAL

Abogado

Mendoza - Mayo 2015

Autoedición del Autor.

Puede descargar una copia gratuita de la presente obra en el sitio web:
www.queremosnuestroshijos.wordpress.com

PROLOGO

La presente obra es fruto de un gran esfuerzo y muchas horas de dedicación.

Verán que esta es una obra atípica, por varias razones.

En primer lugar, porque es una autoedición, es decir, no se ha realizado contrato alguno de edición ni distribución con editoriales, porque creemos que el conocimiento debe ser libre y es patrimonio de la sociedad. Nadie tiene el copyright de la obra. Es libre su difusión y publicación. Aunque pedimos que no se altere su contenido y se respete su autoría.

En segundo lugar, porque no soy doctrinario, ni científico del derecho, y probablemente hasta sea un mal escritor. Pero eso no es impedimento para luchar por lo que creemos justo y acertado.

En tercer lugar, porque no he respetado ningún formato existente sobre escritos jurídicos, tesis o monografías. No encontrarán citas, ni bibliografía relacionada. Sencillamente porque no es el objeto de la obra relevar cuanto artículo sobre maternidad subrogada se encuentre por ahí.

En cuarto lugar, porque verán que el núcleo de la obra, es la difusión completa del primer proyecto de ley presentado ante la Legislatura de la Provincia de Mendoza sobre gestación por sustitución, simplemente eso.

Obviamente, la atipicidad posee consecuencias, las cuales afrontaremos con orgullo y quijotesca mente.

Para mí, es un orgullo ser atípico.

Creo que todos deberían intentar ser lo más atípicos posibles, porque así es cuando crecemos y mejoramos la comunidad.

Una vida previsible, con ideas previsibles y conductas previsibles, es lo que todo gobierno desea de sus ciudadanos. Justamente porque ello jamás cambiará el sistema, jamás producirá avance en el reconocimiento de nuevos y más amplios derechos.

La atipicidad, nos hace dudar, nos obliga a plantearnos nuevos conceptos, a discutir paradigmas, a intercambiar ideas, en definitiva, nos hace debatir y progresar.

Y esa es nuestra mayor aspiración.

Les agradezco infinitamente por disponer de su tiempo para leer estas páginas, es un honor para mí que se interesen por este proyecto.

Un gran abrazo y gracias por leer.

Juan Pablo Rojas Pascual

QUEREMOS NUESTROS HIJOS

QUEREMOS NUESTROS HIJOS es un proyecto de difusión y militancia sobre derechos reproductivos.

El objetivo específico es REIVINDICAR LA MATERNIDAD SUBROGADA como TECNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA que nos permite EJERCER NUESTROS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

El objetivo general, es lograr la permanente ampliación del ejercicio y respeto por los derechos reproductivos.

Si desean conocer más sobre el tema, pueden visitar el blog de wordpress, el cual encontrarán en la siguiente dirección web: www.queremosnuestroshijos.wordpress.com. Allí encontrarán entradas relacionadas y los datos de contacto.

La maternidad subrogada actualmente está permitida en Argentina, y no existe ninguna prohibición u obstáculo para realizarla. Existen numerosos fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que apoyan su completa licitud.

Quienes dicen la maternidad subrogada se encuentra en una zona gris o que se encuentra prohibida, están mintiendo descaradamente.

Quienes recomiendan no realizarla en Argentina, y viajar a U.S.A. para tener un hijo, son hipócritas, y seguramente reciben jugosas comisiones de las agencias americanas que recomiendan.

Es verdad que la falta de legislación sobre la misma produce cierto grado de inseguridad jurídica sobre la filiación de los bebés que nacen mediante este tratamiento, y puede, hipotéticamente, ser fuente de conflictos entre el Estado y las personas que la realizan.

Sobre todo la ignorancia y la falta de regulación, producen que muchos funcionarios del Estado cometan graves errores al ejercer sus funciones y resolver sobre lo que llega a sus manos.

Pero prefiero que la gestación por sustitución no este legislada, a que esté mal legislada. Espero que me comprendan. No soy un anarquista.

Si tuviera que optar entre dos males: el vacío legal o una regulación que restringe derechos humanos, sin dudarlo elijo la primera.

Realmente creo que la libertad y la autodeterminación reproductiva son derechos que deben ser protegidos del Estado, que muchas veces, en su afán regulador, los avasalla, los atropella y termina conculcándolos. El Estado debe garantizar y ampliar Derechos Humanos, y jamás debe intentar limitarlos arbitrariamente.

La pretendida “seguridad” en materia de gestación por sustitución que reclaman algunos autores del derecho jamás será una justificación válida para restringir su ejercicio o limitar su acceso.

Ahora bien. Actualmente existe un vacío legal innegable en la materia, y ese vacío legal, favorece el ejercicio de la técnica de reproducción, favorece la autonomía reproductiva.

Por otro lado, y lamentablemente ese mismo vacío, también favorece que los funcionarios estatales, sobre todo los jueces y fiscales, no sepan que trámite realizan ante un caso de gestación por sustitución, y comentan graves errores contra las personas que recurren a esta técnica médica.

Es de público conocimiento que en nuestra Provincia de Mendoza, una Unidad Fiscal imputó a una chica que prestó su vientre como mujer gestante, por el delito de tornar incierta la identidad del menor.

Con posterioridad dicha imputación fue dejada sin efecto y la mujer gestante fue absuelta de todo delito. Pero mientras tanto, se causó un daño gravísimo a su persona, a su libertad, y al ejercicio de su autonomía reproductiva.

Justamente eso es lo que pretendo evitar. Que la Justicia actúe apresuradamente, con miedo, y en esa actuación restrinja y lesiones derechos.

Mi intención no es ponerle límites a la gestación por sustitución, sino todo lo contrario. Mi intención es ponerle límites al Estado en casos de gestación por sustitución.

Esta convicción es la que motiva la creación del presente proyecto de ley, que podrán leer a continuación, y que ha sido presentado ante la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, en fecha 28 de Mayo de 2015, para su tratamiento legislativo.

Es el Primer proyecto de ley sobre gestación por sustitución (maternidad subrogada) que se presenta en la Provincia de Mendoza, y es un honor ser el promotor del mismo.

He dado autorización para que cualquier Diputado de cualquier partido político lo eleve a tratamiento legislativo.

Pero no autoricé la modificación del proyecto, justamente para evitar que en la modificación se altere su contenido y se transforme en una ley restrictiva. O se aprueba íntegramente y sin modificaciones, o de lo contrario, es mejor que no aprueben nada.

El proyecto de ley propuesto encarna los valores de laicidad, igualitarismo e inclusividad que debe tener la normativa en materia de derechos reproductivos.

Las normas procesales propuestas, protegen los derechos del menor, de la mujer gestante y de el/los comitentes en un tratamiento de gestación por sustitución. Y dan garantías suficientes al Estado de la inexistencia de situaciones irregulares respecto a su realización.

A continuación lo transcribo en forma íntegra, inclusive agregando la nota de presentación ante la Cámara de Diputados, y la totalidad de los fundamentos que acompañan al proyecto ante la Legislatura. Los cuatro próximos títulos, contienen la transcripción de todo lo presentado.

Espero que disfruten leerlo, tanto como yo disfruté escribiéndolo.

Un abrazo grande y recuerden que LA SUBROGACIÓN DÁ VIDA.

**NOTA DE PRESENTACIÓN
DEL PROYECTO DE LEY.**

**PRESENTADO ANTE LA CÁMARA DE
DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE
MENDOZA EN FECHA 28 DE MAYO DE 2015.**

Ciudad de Mendoza, 28 de Mayo de 2015.

AL SEÑOR PRESIDENTE
DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
S-----/-----D

REF: Presenta Proyecto de Ley Provincial
sobre Gestación por Sustitución y Derechos
Reproductivos.
Normas procesales aplicables en casos de
gestación por sustitución.

JUAN PABLO ROJAS PASCUAL, abogado,
por su propio derecho, se presenta y respetuosamente dice:

I.- DATOS PERSONALES

Que mis datos personales son: JUAN PABLO ROJAS PASCUAL, con DNI xxxxxx, nacido el 29 de abril de 1980, argentino, residente en Mendoza, de profesión abogado, con matrícula profesional provincial SCJM n° 6846, y matrícula federal N° T°78 F°982, con domicilio en calle Catamarca 27, Planta Alta, Unidad 31, de la Ciudad de Mendoza.

Que mis datos de contacto son: teléfono celular (0261) 15 xxx xxxx, y email: queremosnuestroshijos@gmail.com.

II.- OBJETO

Que el objeto del presente es proponer a esta Honorable Legislatura de Mendoza, un proyecto de ley referido a la técnica de reproducción asistida denominada Gestación por Sustitución.

Que dicho proyecto de ley propone normas procesales aplicables en estos casos, a fin de determinar la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica y a fin de garantizar el respeto a los derechos del menor y de las partes intervinientes en el tratamiento.

III.- SOBRE EL PROYECTO _____

PROPUESTO

El presente proyecto de ley encarna los valores de laicidad, igualitarismo e inclusividad que debe tener la normativa en materia de derechos reproductivos.

Las normas procesales propuestas, protegen los derechos del menor, de la mujer gestante y de el/los comitentes en un tratamiento de gestación por sustitución. Y dan garantías suficientes al Estado de la inexistencia de situaciones irregulares respecto a su realización.

Es por ello, que se solicita su admisión como tal, y su tratamiento urgente en la Legislatura Provincial, a fin de ser aprobado, promulgado y publicado con la mayor de las premuras, ya que estamos hablando del ejercicio legítimo de derechos humanos inalienables.

Desde ya, quien suscribe se disculpa por los errores protocolares en los que pueda haber incurrido, los cuales son sólo causados por su desconocimiento de normas de protocolo legislativo.

Se acompaña el proyecto de ley expresado, conjuntamente con la expresión de los fundamentos relativos a la necesidad de regulación, y los fundamentos particulares de la ley propuesta.

IV.- AUTORIZA

Desde ya, como promotor del presente proyecto, autorizo expresamente a cualquier Diputado de cualquier partido político a proponer su tratamiento con fines de aprobación, siempre y cuando se respete la autoría ideológica e intelectual de mi persona como promotor del mismo, y se respete la integridad del proyecto propuesto, el cual no debe ser alterado ni cercenado bajo pena de perder su objeto protectorio e igualador.

Como autor/promotor prohíbo expresamente la modificación de su texto y de su contenido, el cual deberá ser aprobado o desestimado en forma íntegra y completa.

V.- SOLICITA

Que por lo expuesto, es que solicito tenga a bien, otorgarle al presente, el trámite de ley para su tratamiento en esta Honorable Cámara de Diputados de Mendoza, con el propósito de su posterior aprobación.

Sin más, y encontrándome a su disposición y a disposición de esta Honorable Cámara para las aclaraciones y explicaciones que pudiera requerir, lo saludo con distinguida consideración.

JUAN PABLO ROJAS PASCUAL

Abogado

Matr. SCJM n° 6846, Matr. Fed N° T°78 F°982

**PROYECTO DE LEY
PROVINCIA DE MENDOZA**

**TEMA: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
NORMAS PROCESALES.
DERECHOS REPRODUCTIVOS.**

**TRANSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY
PRESENTADO EN FECHA 28 DE MAYO DE
2015**

PROYECTO DE LEY PARA LA PROVINCIA DE MENDOZA.

Tema: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - NORMAS PROCESALES -
DERECHOS REPRODUCTIVOS - INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

ARTÍCULO 1º.- OBJETO

La presente ley tiene por objeto establecer un proceso judicial adecuado en casos de gestación por sustitución, que:

a) Garantice el respeto al interés superior del niño por nacer, su derecho a la identidad, a la información sobre su origen, a la inscripción inmediata luego del nacimiento lo cual materializa su derecho al nombre y a la nacionalidad, su derecho a ser cuidado por sus padres.

b) Garantice el respeto a los derechos de la mujer gestante, tales como el derecho al propio cuerpo, sus derechos reproductivos y su libertad reproductiva, y que garantice la absoluta libertad en su decisión de someterse al tratamiento médico.

c) Garantice el respeto a los derechos de el/los comitente/s, tales como sus derechos reproductivos, el derecho a procrear, el derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, brindándole seguridad jurídica a los comitentes, sobre la futura filiación del bebé que podría nacer mediante este tratamiento médico.

ARTÍCULO 2º.- DEFINICIONES

A los efectos de la presente ley, se entiende por GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, la técnica de reproducción humana médicamente asistida mediante la cual, una mujer (gestante) recibe la transferencia de un embrión y lo gesta hasta el nacimiento, supliendo la incapacidad de gestar y/o llevar un embarazo a término de una persona o una pareja (comitante/s) y con el fin de que el niño nacido tenga vínculos de filiación con el/los comitante/s.

Se entiende por MUJER GESTANTE, la mujer que recibe la transferencia del embrión y lo gesta hasta su nacimiento a favor de el/los comitante/s, independientemente de que reciba o no compensación por ello y siempre que no haya aportado sus propios óvulos en el proceso. Es quien posee voluntad gestacional y por lo cual, no tendrá vínculo jurídico de filiación con el menor nacido mediante esta técnica

Se entiende por COMITANTE/S, a la persona o la pareja que sufre de incapacidad para gestar y/o llevar un embarazo a término, que recibe la indicación médica de realizar un tratamiento de gestación por sustitución y ante lo cual, encarga a la mujer gestante la gestación del embrión hasta el nacimiento, independientemente de que aporte/n sus gametos o que requiera/n gameto-donación. Es/son quien/es posee/n la voluntad procreacional y quien/es tendrá/n vínculos jurídicos de filiación con el menor nacido mediante esta técnica.

ARTÍCULO 3°.- COMPETENCIA

Es competente para entender en estas causas, la Justicia de Familia de conformidad a los artículos 50 y 52, inciso D, de la ley 6.354, conforme el domicilio de la mujer gestante.

ARTÍCULO 4°.- CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

Inciso A) – Consentimiento informado individual, previo y libre.

Las partes intervinientes en un proceso de gestación por sustitución deberán otorgar ante el Centro de Salud interviniente, el respectivo consentimiento informado en forma individual, libre y previa a iniciar cualquier tipo de tratamiento médico.

El consentimiento informado previo, deberá otorgarse mediante instrumento privado con firma certificada o mediante instrumento público.

Inciso B) – Solicitud de Homologación.

1.- Ambas partes deberán solicitar de mutuo acuerdo, ante el Tribunal de Familia competente, la homologación del consentimiento informado.

El patrocinio letrado es obligatorio. Ambas partes podrán ser patrocinadas por un mismo profesional, ante la existencia de intereses mutuos, complementarios y/o yuxtapuestos.

Inciso C) – Contenido de la solicitud.

La solicitud de homologación deberá contener:

- 1) Escrito solicitando homologación, conforme las previsiones del ordenamiento procesal vigente.
- 2) Original o copia certificada del consentimiento informado que se pretende homologar, suscripto por el/los comitente/s y la mujer gestante.
- 3) Acreditación de aptitud física y psicológica de la mujer gestante para someterse al proceso, emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad y por licenciado en psicología debidamente matriculado respectivamente.
- 4) Acreditación de aptitud física y psicológica de el/los comitente/s para someterse al proceso, emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad y por licenciado en psicología debidamente matriculado respectivamente.
- 5) Acreditación de que el/los comitente/s posee/n imposibilidad de concebir y/o llevar un embarazo a término en forma natural.

La imposibilidad de gestar, podrá ser causada por una patología médica, por el estado civil del comitente, por integrar los comitentes un matrimonio igualitario, y/o por cualquier otra causa.
- 6) Indicación médica expresa de la necesidad de realizar un proceso de gestación por sustitución, con informe sobre la técnica médica a realizarse, emitida por Establecimiento médico habilitado para realizar técnicas de reproducción humanamente asistida.
- 7) Acreditación de que la mujer gestante haya dado a luz al menos un hijo propio, mediante partida de nacimiento del menor.
- 8) Copia fiel de los documentos

Inciso D) – Trámite.

I.- El Juez interviniente ordenará el trámite de ley previsto por el ordenamiento procesal para las homologaciones de convenio de mutuo acuerdo.

II.- Cumplidos los requisitos del artículo 4, inciso C), el Juez interviniente deberá homologar el consentimiento informado, en el plazo de 10 días del llamamiento a autos para homologar.

III.- No podrán imponerse requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por cualquier causa que sea. La nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o de el/los comitente/s no podrá ser fundamento de rechazo de la homologación bajo pena de nulidad. Tampoco será causa de rechazo de la homologación la imposibilidad unilateral o bilateral de el/los comitente/s de aportar sus propios gametos.

Inciso E) – Sentencia.

La sentencia homologatoria que se dicte:

1- Deberá contener los requisitos comunes a las sentencias homologatorias establecidos en las normas procesales.

2.- Autorizará al centro de salud interviniente a iniciar la técnica de gestación por sustitución.

3- Dispondrá la obligación de el/los comitente/s y de la mujer gestante, de respetar durante todo el proceso y con posterioridad al nacimiento, el interés superior del niño, su derecho a la identidad y su derecho a la información sobre la forma en la que fue concebido y gestado.

Inciso F) – Efecto.

La homologación judicial del consentimiento informado acredita con fuerza de cosa juzgada, la voluntad procreacional de el/los comitente/s y la voluntad gestacional de la mujer gestante, de conformidad a lo establecido por las normas de procesales aplicables.

Inciso G) – Recursos.

El rechazo de la solicitud de homologación, podrá recurrirse mediante los recursos establecidos en la ley 6.354 y demás ordenamiento procesal vigente.

ARTÍCULO 5º - NACIMIENTO. FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO.

Inciso A) – Inscripción del recién nacido.

La inscripción del nacimiento del menor en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, se realizará mediante sentencia judicial de filiación posterior a su nacimiento.

Inciso B) – Acción de Filiación.

Producido el nacimiento con vida del bebé, dado a luz por la mujer gestante, el/los comitente/s deberá/n interponer acción de filiación ante el mismo Juez que homologó el consentimiento informado.

Inciso C) – Requisitos de la acción.

La solicitud deberá contener, además de los requisitos exigidos por el ordenamiento procesal, los siguientes:

- 1) Sentencia homologatoria del consentimiento informado previo.
- 2) Historia clínica emitida por centro médico que realizó la técnica de reproducción asistida, con informe respecto a la utilización de gametos de el/los comitente/s o la utilización de ovodonación y/o espermodonación.
- 3) Certificado de nacido vivo del menor, expedido por el Centro médico que atendió el parto de la mujer gestante.
- 4) Examen de ADN de establecimiento público que acredite que no existe correspondencia genética entre el menor y la mujer gestante.

Inciso D) – Trámite.

I.- El proceso tramitará conforme artículo 76 bis de la Ley 6.354.

II.- Cumplidos los recaudos establecidos en el inciso anterior, y realizado el trámite del artículo 76 bis de la ley 6354, el Tribunal dictará sentencia de filiación dentro del plazo de 10 días del llamamiento a autos para sentencia.

III.- No podrán imponerse requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por cualquier causa que sea. La nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o del o los comitentes no podrá ser fundamento de rechazo de la acción de filiación intentada bajo pena de nulidad.

Tampoco será causa de rechazo de la acción de filiación la no aportación de gametos unilateral o bilateral de el/los comitente/s.

ARTÍCULO 6º.- SENTENCIA DE FILIACIÓN.

Inciso A) – Sentencia. Contenido.

La sentencia de filiación deberá ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción del recién nacido como hijo de el/los comitente/s.

Dispondrá el ejercicio de la patria potestad a favor de el/los comitente/s, con efecto retroactivo al momento del nacimiento.

Dispondrá también la obligación de el/los comitente/s de informar al menor sobre la forma en la que fue concebido y gestado y las medidas de protección del menor recién nacido que estime convenientes el Juez de la causa, siempre en resguardo del interés del menor.

Inciso B) – Efecto.

La sentencia judicial de filiación tiene efecto de cosa juzgada sobre la filiación del menor.

Inciso C) – Recursos.

El rechazo de la solicitud de filiación a favor de el/los comitente/s, podrá recurrirse mediante los recursos establecidos en la ley 6.354 y demás ordenamiento procesal vigente.

ARTÍCULO 7° - INCUMPLIMIENTO.

La realización de un tratamiento de gestación por sustitución sin haber cumplido previamente los requisitos de esta ley, no será fundamento para rechazar la filiación entre el menor nacido y el/los comitente/s.

En caso de no haber solicitado la homologación previa del consentimiento informado, el juez de la causa, resolverá sobre la filiación del menor conforme sea más adecuado al interés superior del menor en el caso concreto.

ARTÍCULO 8° - DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

En caso de que las partes (comitente/s y mujer gestante) ya hayan iniciado el proceso de gestación por sustitución en forma previa a la vigencia de la presente ley, no será aplicable lo establecido en el artículo 7°; ni lo establecido en el artículo 4° de la presente, no siendo exigible el requisito establecido en el artículo 5°, inciso C), apartado 1°) para la interposición de la acción de filiación.

FUNDAMENTOS DE LA LEY

CONTENIDO:

- A) INTRODUCCIÓN Y OBJETO**
- B) FUNDAMENTOS GENERALES**
- C) CONSIDERACIONES AL ART. 562**
- D) FUNDAMENTOS PARTICULARES**

**TRANSCRIPCIÓN COMPLETA
DE LOS FUNDAMENTOS DEL
PROYECTO DE LEY**

FUNDAMENTOS DE LA LEY

A) INTRODUCCIÓN Y OBJETO.

Mucho se ha hablado respecto de la necesidad de regular el tratamiento de fertilidad denominado “gestación por sustitución”, mucho se ha escrito, pero poco se ha hecho para garantizar el respeto por los derechos de las personas que lo requieren y que intervienen en el mismo.

En materia de derechos reproductivos hay mucha teoría por parte de algunos “referentes del tema”, pero poca praxis.

El objetivo de este trabajo, no es realizar un estudio pormenorizado de los antecedentes de proyectos legislativos y doctrina escrita al respecto, ya que quien suscribe el mismo, no es legislador, ni es doctrinario, ni pretende serlo.

El objetivo es más simple: realizar este proyecto de ley provincial, a fin de que sea tratado en la legislatura de Mendoza, y sea aprobado como tal, a fin de lograr lo que tantas personas necesitan y el Estado no otorga aún: garantizar el ejercicio de derechos reproductivos.

Aunque realizo actividades como activista pro-subrogación y en materia de derechos reproductivos, no milito en ningún partido político, ni soy afiliado de ninguno de ellos, ni tengo interés partidario de ninguna naturaleza. No es relevante para nosotros cual sea el partido o el legislador que impulse el proyecto, basta que se impulse y se apruebe.

El presente proyecto asegura el ejercicio igualitario e inclusivo de derechos humanos reproductivos, y protege el interés superior del menor y sus derechos constitucionales.

La aprobación del mismo y su vigencia como ley provincial, llevaría a la Provincia de Mendoza a la vanguardia en materia de legislación sobre derechos reproductivos, no existiendo a la fecha ningún ordenamiento provincial en Argentina que legisle sobre gestación por sustitución.

B) FUNDAMENTOS GENERALES

B - 1) NECESIDAD DE REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

B - 1 - a) Función biológica y derechos reproductivos.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana médicamente asistida imprescindible para que una parte de la población pueda ejercer su derecho humano a procrear.

Tener descendencia biológica, es más que un derecho, es una función biológica del ser humano. Es más que una elección, es una fuerza interna irrefrenable que forma parte de la supervivencia de la especie humana.

Tener hijos no es un capricho, como algunos opinan. Es parte de nuestra biología. Nacer, crecer, reproducirse y morir son etapas de la vida misma.

Esa función biológica, es receptada por el derecho y reconocida por este último. Es decir, el derecho sólo podrá reconocer la biología humana, pero jamás podrá modificarla, ni podrá constituirla, ni alterarla. Ni debe intentar hacerlo.

Ello nos enseña que la función biológica de procrear, es aprehendida por el derecho, el cual, al contemplarla, la reconoce y la protege bajo el concepto de Derechos Reproductivos.

Claramente los derechos reproductivos trascienden cualquier frontera, cualquier ordenamiento, cualquier ideología, y los “enemigos históricos” de los derechos reproductivos han sido los estados nacionales y algunas religiones.

Siendo los mismos, parte inescindible del hombre, se reconocen como Derechos Humanos, integrantes del derecho a la vida y a la salud.

B - 1 - b) Los derechos reproductivos son derechos humanos.

Que los derechos reproductivos son derechos humanos no cabe duda. Toda la doctrina especializada lo sostiene, e incluso lo sostiene la Corte Interamericana de DDHH.

Expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del fallo Artavia Murillo y otros c/Costa Rica, de fecha 28 de noviembre de 2012 manifiesta:

“Sumario:

1.-Corresponde declarar la violación por parte del Estado demandado de los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de la parte lesionada, y ordenar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, pues la sentencia cuestionada (dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado demandado), al prohibir la práctica de la fertilización in vitro (FIV) partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta

los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia, la que además resultó discriminatoria (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

3.-La decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

4.-El derecho de protección a la familia es un derecho tan básico de la Convención Americana de Derechos Humanos que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

5.-El derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

6.-La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

7.-La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

8.-Conforme al art. 29 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

9.-Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

Es evidente, que no solo las personas fértiles son titulares de derechos reproductivos, sino todas las personas, sea cual sea su capacidad reproductiva y sea cual sea su estado civil.

La CIDH establece entonces claramente el rango de derechos humanos, con las consecuencias que se derivan de ello, y la aplicabilidad de la Declaración Americana de Derechos Humanos en materia de reproducción, con rango constitucional y superioridad jerárquica normativa sobre el ordenamiento interno.

B - 1 - c) Los derechos reproductivos.

El concepto de derechos reproductivos es amplio, e involucra muchos aspectos relacionados con la reproducción, pero podemos reducirlos en dos grandes aspectos:

- 1.- La autonomía reproductiva (incluyendo el derecho a procrear).
- 2.- El derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva.

Ello se encuentra expresado en el sumario de la sentencia referida en los apartados n° 05, 06, 08 y 09, entre otros, y fundamentado brillantemente en el cuerpo de la misma.

El acceso a la gestación por sustitución, deriva entonces del efectivo ejercicio de derechos humanos reproductivos.

Privarme u obstaculizarme el acceso a este tratamiento médico, significa privar u obstaculizar mi autonomía reproductiva, mi derecho a procrear y mi derecho a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud.

B - 1 - d) Personas que requieren de la gestación por sustitución.

Existen grandes grupos sociales que requieren de la gestación por sustitución para procrear. Numerosos casos y patologías, hacen que sea una real necesidad médica.

Los casos más frecuentes son:

- 1) Mujeres que sufren de alguna patología médica congénita o adquirida que les impide gestar (endometriosis, síndrome de Rokitansky, histerectomía uterina total o subtotal, malformaciones uterinas, fibromas uterinos, síndrome de Asherman, etc)
- 2) Mujeres que sufren de alguna patología médica que pone en riesgo su vida en caso de embarazo (insuficiencias renales, hepáticas, cardíacas, etc)
- 3) Varones solteros que no poseen pareja.
- 4) Matrimonios igualitarios de varones (infertilidad estructural)

Las personas y parejas que no pueden procrear o gestar en forma natural, deberán recurrir en forma inevitable a las técnicas de reproducción asistida para hacerlo, y no desistirán de sus intentos. Su programación biológica es irrefrenable, como la de todo ser humano.

Claramente la existencia o inexistencia de legislación jamás será un impedimento para recurrir a las técnicas de reproducción. Aún en caso de prohibirse expresamente, las personas violarán la prohibición, y de un modo u otro, realizarán la gestación por sustitución y demás tratamientos de fertilidad.

Como dijimos, la ley no puede frenar la biología. Y tampoco debe intentarlo.

B - 1 - e) Antecedentes de regulación.

En Argentina, han existido algunos proyectos de regulación de este tratamiento, sin embargo, por distintas razones, no han sido aprobados.

En 2011, un proyecto en Santa Fé, presentado por el Diputado Alberto Monti, estableciendo garantías procesales para la Maternidad Gestacional Subrogada.

También en 2011, un proyecto presentado en el Congreso Nacional, por el Diputado Nacional de Neuquén, Hugo Nelson Prieto, estableciendo la creación de una Agencia Nacional de Maternidad Subrogada y un Registro de Madres Gestantes.

Y proyecto más reciente y más conocido de regulación, fue el fallido artículo 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado, el cual finalmente no fue aprobado como integrante del Código Civil. Respecto a este último, realizaremos algunas críticas en un apartado separado.

Todos estos proyectos han sido analizados detalladamente y tenidos en cuenta para la formulación del presente trabajo, como así también la doctrina jurídica especializada.

B - 1 - f) El deber del Estado.

Es función del Estado garantizar el real y pleno ejercicio de derechos reproductivos para la población en general, como también garantizar una especial protección a sectores que se encuentran en situación de vulnerabilidad y discapacidad.

La Corte Interamericana de DDHH en el fallo Artavia Murillo, expresó que:

“21.-Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

22.-Ya que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, las personas con infertilidad en el Estado parte, al enfrentar las barreras generadas por la decisión del tribunal judicial que prohibió la FIV, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría)”

El Estado debe asumir un rol activo en la protección de todas las partes que requieren tratamientos de fertilidad para procrear, y debe proteger y confirmar la situación jurídica de los niños nacidos mediante todas las técnicas de reproducción asistida existentes, bajo pena de actuar en forma discriminatoria con los menores.

C) CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 562 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.

Es de público conocimiento la aprobación del nuevo Código Civil Argentino, y su entrada en vigencia a partir del 01 de agosto de 2015. También lo es, que se excluyó del tratamiento parlamentario el artículo 562 del Proyecto originario que regulaba la gestación por sustitución.

El proyectado artículo 562 fue especialmente importante porque introdujo el debate social sobre esta técnica de reproducción asistida, el cual, siempre es necesario. También fue utilizado como fundamento en la incipiente jurisprudencia existente sobre el tema.

Sin embargo, luego de un análisis jurídico detallado, concluimos que poseía graves e inconstitucionales dispositivos restrictivos de derechos humanos. No era una norma de vanguardia, sino una norma reaccionaria.

El citado artículo expresaba textualmente:

“ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución.

El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

1. a) *se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
2. b) *la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
3. c) *al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
4. d) *el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
5. e) *la gestante no ha aportado sus gametos;*
6. f) *la gestante no ha recibido retribución;*
7. g) *la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
8. h) *la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Realizaré una apretada síntesis de las críticas observadas, atento a que sólo se mencionan con fines comparativos, y para mostrar cuáles han sido los errores que hemos querido evitar con el proyecto propuesto:

1) Otorgaba súper-poderes a los jueces. Quienes debían recurrir a esta técnica, debían solicitar autorización judicial para iniciarla. El Juez puede negarse a homologar el consentimiento informado fundado en causas generales y discriminatorias. No existía ningún límite al poder discrecional del Juez. El Juez decide quien ejerce y quien no ejerce derechos humanos.

2) Establecía un sistema automático de registración del recién nacido. Es decir, establecía directamente la filiación del menor recién nacido con la prueba de nacimiento, la identidad de el/los comitente/s y el consentimiento homologado. No existía ninguna exigencia de control judicial posterior al nacimiento, como un examen de ADN del recién nacido. Esto provocaría numerosas irregularidades muy graves, al no poder controlar que efectivamente el recién nacido no tuviera correspondencia genética con la gestante.

3) Ley reglamentaria futura y desconocida. Sumado a ello, dejaba librado a una futura ley reglamentaria futura y desconocida la imposición de nuevos requisitos de acceso a la gestación por sustitución. Eso pone en riesgo el acceso a derechos humanos, y peca por falta de completitud.

4) Limitaciones arbitrarias. El proyectado artículo establecía limitaciones arbitrarias y discriminatorias para el ejercicio de derechos reproductivos y del propio cuerpo.

Exigencias tales como:

-“*que al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos*”, discriminan a parejas con infertilidad bilateral y les imposibilita acceder al tratamiento.

-“*que la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de 2 veces*” es una limitación arbitraria al derecho al propio cuerpo.

5) Establecía normativa procesal. Al establecer los requisitos que las partes deben acreditar ante el Juez, para lograr la homologación, pretendía legislar sobre procedimientos judiciales. El tratamiento y aprobación de normativa de forma, o de normas procesales civiles, es competencia de las Legislaturas Provinciales, y no del Congreso de la Nación.

6) Castigo al menor en caso de incumplimiento. Por último, y lo más atroz, que establecía que en caso de que las partes se sometieran a un tratamiento de fertilidad sin haberse homologado previamente el consentimiento informado, entonces la filiación del bebé que naciera, se determinaría por las reglas de filiación por naturaleza. Es decir que, el menor recién nacido sería considerado hijo de la mujer gestante directamente.

La gravedad de esta disposición es inaudita. Ante un incumplimiento formal de los comitentes, se castiga al niño, quitándole la filiación con sus padres procreacionales y se lo obliga a vivir una mentira, se lo inscribe y se lo obliga a vivir como hijo de la mujer gestante.

Es más fuerte el ansia de castigo del jurista, que el interés superior del menor, el respeto a su verdadera identidad y el cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Estas críticas realizadas al fallido artículo 562, han sido tenidas en cuenta en la redacción del presente proyecto, a fin de evitar cometer los mismos errores y a fin de garantizar una normativa realmente vanguardista y ampliatoria de derechos humanos.

D) FUNDAMENTOS PARTICULARES

DEL PROYECTO PROPUESTO

El presente proyecto se encuadra en el conjunto de proyectos de ley orientados a lograr una real ampliación en el ejercicio de derechos reproductivos.

Prevé normas procesales especiales para la tramitación de acciones de filiación, en casos de gestación por sustitución. Dicho procedimiento tiene como columna vertebral, la protección al interés superior del menor, y el respeto a la voluntad procreacional como fuente de filiación, en concordancia con la nueva regulación del Código Civil en materia de filiación.

La Legislatura de la Provincia de Mendoza es absolutamente competente para sancionar el presente proyecto, atento a que sólo se establecen en el mismo, trámites procesales especiales, complementarios a la ley 6.354. No se prevé normativa de fondo.

La norma propuesta es una ley exclusivamente procesal. No pretende reconocer derechos, ni establecer fuentes de filiación, situación que corresponde al Congreso Nacional.

No pretende “legalizar” la Gestación por Sustitución, ya que la misma se encuentra legalizada, ante la inexistencia de prohibición expresa y de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

El objetivo principal, es establecer un procedimiento judicial especial para casos de gestación por sustitución, que permita la uniformidad jurisprudencial en el tema, y la seguridad jurídica para las personas que ello conlleva.

Actualmente, no existe norma alguna al respecto en la Provincia de Mendoza y los jueces y fiscales deben superar el vacío legislativo, resolviendo cada caso según su particular criterio, produciendo inseguridad jurídica y arrogándose facultades legislativas, lo cual no puede suceder en un Estado de Derecho.

D - 1) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 1º.- OBJETO”

El artículo 1º del proyecto tiene dos motivaciones:

- 1) Establecer que el presente se trata de una norma procedimental, conforme la competencia provincial de dictar leyes de forma y no de fondo.
- 2) Sentar los principios que la rigen, y los derechos que pretende proteger, a fin de dar claridad al órgano judicial estableciendo un norte interpretativo.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento mediante Ley N° 23.849, y tiene rango constitucional de conformidad al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

El respeto al interés superior del niño, es una obligación que emana del artículo 3 de la Convención, y de la propia Ley Provincial 6.354. El resguardo al interés del menor, se encuentra en el presente proyecto, garantizado mediante la intervención de la Justicia de Familia y Minoridad, órgano por excelencia destinado a su protección.

El respeto por el derecho a la identidad del menor, surge del artículo 8 de la Convención citada, el cual comprende el derecho a la información sobre su origen. En el presente proyecto, se impone al Juez interviniente su expreso reconocimiento en la sentencia de filiación a dictarse (artículo 6° inciso A) del Proyecto)

El menor posee derecho inalienable a la inscripción inmediata luego del nacimiento lo cual materializa su derecho al nombre y a la nacionalidad, y a ser cuidado por sus padres de conformidad al artículo 7 de la Convención. Ello es garantizado mediante la utilización del trámite de medida autosatisfactiva para determinar su filiación, disminuyendo al mínimo el tiempo entre el nacimiento y la inscripción en el Registro Civil.

También se pretende garantizar el respeto a los derechos reproductivos y al propio cuerpo de la mujer gestante y de el/los comitente/s.

D - 2) FUNDAMENTOS DEL “ARTICULO 2º.- DEFINICIONES”

Una correcta técnica legislativa debe establecer claramente los conceptos sobre los cuales vá a legislar. Siendo la gestación por sustitución una técnica compleja, es imprescindible la claridad conceptual a fin de dar certeza a los justiciables y al órgano judicial.

D- 3) FUNDAMENTOS DEL “ARTICULO 3º.- COMPETENCIA”

Tratándose de acciones de filiación, es competente la Justicia de Familia ordinaria, de conformidad a la legislación vigente (Ley 6.354).

Al exigirse la homologación judicial del consentimiento informado, en forma previa a iniciar el tratamiento de gestación por sustitución, la competencia debe determinarse en forma previa a que el menor nazca, incluso antes de que sea concebido. Por ello, establecerla conforme el domicilio de la mujer gestante es la única opción lógica, ya que el menor, en esa instancia, aún no poseerá existencia.

D - 4) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 4º.- CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.”

Este artículo establece un estándar de seguridad y pretende que la Justicia y el Estado tome conocimiento de la futura realización de un tratamiento de gestación por sustitución, a fin de garantizar derechos y evitar situaciones grises.

Se exige la homologación judicial del consentimiento informado, en forma previa a la realización del tratamiento de fertilidad.

D - 4 - 1) Fundamentos del “Inciso A) – Consentimiento informado individual, previo y libre.”

El fundamento de esta exigencia es evidente. El/los comitente/s y la mujer gestante deben otorgar, ante el Centro de Salud de su elección, un consentimiento informado que establezca claramente en que consiste la técnica médica, cuáles son los riesgos para los pacientes, si habrá donación de gametos, cantidad de embriones a transferirse, cantidad de intentos de transferencia a realizarse y demás datos requeridos para los consentimientos médicos pre-quirúrgicos.

Este documento deberá suscribirse en forma individual, libre y previa, con certificación de firmas por Notario matriculado o por instrumento público. Esto dará fecha cierta al consentimiento, acreditando la libertad de las partes al suscribirlo y su toma de conocimiento sobre los riesgos médicos que posee el tratamiento.

D - 4 - 2) Fundamentos del “Inciso B) – Solicitud de Homologación.”

El consentimiento informado, deberá presentarse ante el Juez competente a fin de que resuelva sobre su homologación.

Se exige el mutuo acuerdo en la solicitud, debido a que son intereses yuxtapuestos.

El interés de la mujer gestante es gestar para el/los comitente/s, y el interés de el/los comitente/s es tener un hijo gestado por la primera. Ambos intereses concurren y se complementan.

Podrán tener patrocinio letrado independiente o patrocinio único. Los intereses yuxtapuestos no contenciosos permiten el patrocinio único, como en el caso de los herederos de sucesiones no contenciosas o divorcios de mutuo acuerdo.

La homologación del consentimiento informado cumple la función de garantizar la intervención del Estado en forma previa al inicio de la TRA, sirviendo el Juez competente de garante del respeto a los principios y derechos del artículo 1º de la ley.

D - 4 -3) Fundamentos del “Inciso C) – Contenido de la solicitud.”

Los requisitos para la homologación son requisitos de forma, y no son azarosos. Tienen por objeto justamente acreditar y verificar cuestiones trascendentes en este tratamiento.

I) Sobre el Apartado 1º).

La solicitud de homologación no requiere mayores fundamentos. Debe cumplir con el ordenamiento procesal actual para cualquier solicitud de homologación. Contendrá nombres completos de los solicitantes, documentos, domicilio real de las partes, constitución de domicilio legal y demás establecidos en el Código Procesal Civil de Mendoza.

II) Sobre el Apartado 2º).

El consentimiento que se pretende homologar es el documento esencial a fin de que el Juez pueda valorar y verificar el contenido del mismo y su completitud.

III) Sobre el Apartado 3°).

En resguardo a la salud de la mujer gestante, se exige que se acredite la aptitud física y psicológica de la mujer gestante para someterse al tratamiento. Dicha acreditación debe hacerse mediante certificación médica emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad. Respecto a la salud psicológica se requiere certificación emitida por licenciado en psicología debidamente matriculado.

IV) Sobre el Apartado 4°).

En resguardo de la salud de el/los comitente/s se exige acreditación de aptitud física y psicológica de el/los comitente/s para someterse al proceso, emitida por médico ginecólogo especialista en fertilidad y por licenciado en psicología debidamente matriculado respectivamente.

V) Sobre el Apartado 5°).

Siendo la gestación por sustitución un tratamiento médico de reproducción, se exige acreditar que el/los comitentes realmente sufren la imposibilidad de concebir o gestar y/o llevar un embarazo a término en forma natural.

Este requisito pretende asegurar que la gestación por sustitución no se realice por razones cosméticas o estéticas, ni como un símbolo de status social, sino que se realice realmente por razones fundadas.

Se aclara en el segundo párrafo que se exige sólo incapacidad de gestar, independientemente de la causa que la motive. Esta aclaración garantiza que la normativa y su aplicación sea verdaderamente inclusiva, igualitaria y laica.

La imposibilidad de gestar puede ser causada por una patología médica, porque el comitente es un varón soltero (por el estado civil), porque los comitentes conforman un matrimonio igualitario de varones (infertilidad estructural) y/o por cualquier otra causa.

Dependerá de la causa que motive la incapacidad, la forma de acreditarla. En caso de conformar un matrimonio igualitario, será suficiente la partida de matrimonio por ejemplo.

VI) Sobre el Apartado 6°).

Como en cualquier tratamiento médico complejo, se requiere acompañar a la solicitud de homologación, la indicación médica u orden médica que exprese la necesidad de realizar un proceso de gestación por sustitución, informando sobre los detalles de la técnica a realizarse, suscripta por el médico especialista en fertilidad que vaya a intervenir en el futuro tratamiento.

Ello garantiza que ya ha intervenido un profesional médico especialista, que ha estudiado debidamente a los pacientes, y que determina la necesidad de realizar el tratamiento.

VII) Sobre el Apartado 7°).

Se exige acreditar que la mujer gestante ya haya dado a luz al menos un hijo propio. Este requisito se exige a fin de garantizar que la gestante ya haya transitado por un embarazo y un parto anteriormente y conozca los riesgos, cuidados y sacrificios que ello importa.

La experiencia de un embarazo y un parto anterior, le da el conocimiento adecuado para que su decisión de participar en la técnica sea realmente libre y voluntaria y no esté viciada por error o ignorancia.

VIII) Sobre el Apartado 8°).

Se exige a fin de acreditar debidamente la identidad de los solicitantes.

D - 4 - 4) Fundamentos del “Inciso D) – Trámite.”

Se establece el procedimiento judicial a seguirse para tramitar la homologación.

I) Apartado I).

Se establece que se tramitarán conforme lo que dispone el ordenamiento procesal vigente para las homologaciones de mutuo acuerdo.

II) Apartado II).

En este apartado se establece una garantía de ejercicio igualitario e inclusivo de derechos reproductivos.

Si la solicitud de homologación cumple los requisitos formales expresados en el artículo 4, inciso C) de esta ley, el Juez DEBE homologar.

El Juez interviniente podrá ordenar todas las medidas para mejor proveer que requiera el caso, y tiene facultades para dirigir el proceso conforme el ordenamiento procesal, pero no tiene facultades para negar la homologación si se cumplen los requisitos, porque estaría negando el ejercicio de derechos humanos reproductivos en forma arbitraria.

Las partes ponen en conocimiento a la Justicia que necesitan realizar el tratamiento de gestación por sustitución, pero “poner en conocimiento” no significa “solicitar autorización judicial”.

Es ilegítimo que el Estado pretenda otorgar autorización para realizar tratamientos médicos, estaríamos hablando de un Estado fascista y dictatorial que tiene la facultad de otorgar derechos o negarlos y la facultad de permitir el acceso a la salud o negarlo.

III) Apartado III).

Aquí se establece una segunda garantía de ejercicio igualitario e inclusivo de derechos reproductivos relacionada con la anterior. Es una garantía contra la discriminación en la gestación por sustitución.

Esta prohibición es aplicable tanto para el Juez de la causa, como para el Poder Legislativo Provincial y pretende que no se impongan requisitos distintos a los previstos en esta ley, a fin de no distorsionar el ejercicio de derechos reproductivos y no discriminar a ciertos sectores.

Se aclara expresamente que no podrán imponerse requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por cualquier causa que sea, ya que el Juez que lo haga, estaría arrogándose funciones legislativas.

Se aclara que la nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o del o los comitente/s no podrá ser fundamento de rechazo de la homologación bajo pena de nulidad, ya que una negativa judicial fundada en estos factores sería discriminatoria.

Se aclara que tampoco será causa de rechazo de la homologación la imposibilidad bilateral de los comitentes de aportar sus propios gametos.

D - 4 - 5) Fundamentos del “Inciso E) – Sentencia.”

La sentencia homologatoria que se dicte deberá contener los requisitos comunes a las sentencias homologatorias establecidos en las normas procesales.

Sumado a ello, la sentencia autorizará al centro de salud interviniente a iniciar la técnica de gestación por sustitución. Se autoriza al centro médico a iniciar el tratamiento, no a los comitentes ni a la gestante que no requieren autorización para ejercer derechos humanos. En caso de incumplimiento, no podrá sancionarse a la mujer gestante, ni a los comitentes, ni mucho menos al menor, sino que se sancionará al médico responsable.

También dispondrá la obligación del o los comitentes y de la mujer gestante, de respetar durante todo el proceso y con posterioridad al nacimiento, el interés superior del niño, su derecho a la identidad y su derecho a la información sobre la forma en la que fue concebido y gestado. Es otra garantía más para protección del interés y derechos del menor que será concebido mediante esta técnica.

D - 4 - 6) Fundamentos del “Inciso F) – Efecto.”

La homologación judicial del consentimiento informado acredita con fuerza de cosa juzgada, la voluntad procreacional de el/los comitente/s y la voluntad gestacional de la mujer gestante, en concordancia con la figura de la voluntad procreacional como fuente de filiación del nuevo Código Civil.

Ello producirá la certeza de la filiación futura del menor concebido mediante gestación por sustitución, determinando a priori de su concepción, gestación y nacimiento, quiénes son los que poseen la voluntad procreacional de darle vida.

D - 4 - 7) Fundamentos del “Inciso G) – Recursos.”

Los remedios procesales contra el rechazo de la homologación, serán los establecidos por el ordenamiento procesal en materia de familia y minoridad. Carece de sentido establecer recursos distintos a los ya existentes, que son suficientes para asegurar la correcta aplicación de la norma.

D - 5) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 5° - NACIMIENTO. FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO.”

Este artículo establece el procedimiento judicial a realizarse luego del nacimiento del menor.

D - 5 - 1) Fundamentos del “Inciso A) – Inscripción del recién nacido.”

Se establece otra garantía de legalidad y control judicial. Una vez nacido el menor, se requiere la intervención del Juez de Familia que dicte sentencia de filiación, ordenando inscribir al menor en el Registro Civil.

La inscripción automática del menor recién nacido en el Registro, puede producir irregularidades. Luego de haberse homologado el consentimiento informado, podría suceder que la mujer gestante quede embarazada naturalmente de su pareja por ejemplo, y podría simularse que se realizó la TRA falsamente.

Es por ello, y en garantía a la identidad del menor, que se establece un sistema de inscripción no automática.

D - 5 - 2) Fundamentos del “Inciso B) - Acción de Filiación.”

La inscripción no automática consiste en que una vez producido el nacimiento con vida del bebé, dado a luz por la mujer gestante, el/los comitente/s deberán solicitar al Juez la respectiva declaración de filiación, siendo competente el mismo Juez que homologó el consentimiento informado.

Aquí ya no se requiere mutuo acuerdo, pudiendo iniciar la acción en forma individual el/los comitente/s. Lógicamente, la mujer gestante podrá estar de acuerdo con la pretensión de filiación, o podrá oponerse al progreso de la misma si tiene fundamentos válidos e interés jurídico. Dependiendo del caso, podrá tramitarse en forma contenciosa o no contenciosa.

D - 5 - 3) Fundamentos del “Inciso C) – Requisitos de la acción.”

La norma propuesta exige acompañar a la solicitud de filiación:

1) La sentencia homologatoria del consentimiento informado, la cual acredita la voluntad procreacional de el/los comitentes, y el debido control judicial previo.

2) La historia clínica emitida por el instituto médico que realizó el tratamiento, ya que pueden existir diferencias entre lo que se propuso en el consentimiento informado (utilización de gametos propios por ejemplo) y lo que resultó luego del tratamiento (utilización de gametos de donantes, ante la imposibilidad posterior de usar los propios) y la cual contiene la información de las técnicas realizadas.

3) El certificado de nacido vivo del menor, expedido por el Centro médico que atendió el parto de la mujer gestante, elemento esencial para acreditar el nacimiento con vida.

4) Un examen de ADN emitido por un establecimiento público provincial o nacional, que acredite que no existe correspondencia genética entre el menor y la mujer gestante. Aquí se materializa la garantía respecto a la identidad del recién nacido. Si este requisito se cumple, entonces habrá seguridad que el menor no es hijo de la mujer gestante, y que realmente se le transfirieron embriones de terceros.

El recién nacido podrá tener correspondencia genética con ambos comitentes, con uno de ellos, o con ninguno, dependiendo del aporte de gametos propios o de la necesidad de haber recurrido a donantes.

El cumplimiento de estos cuatro requisitos dará certeza al Juez interviniente de la existencia real de un tratamiento de gestación por sustitución.

D - 5 - 4) Fundamentos del “Inciso D) – Trámite.”

1) Fundamentos del Apartado 1)

Se establece que la acción de filiación, tramitará conforme el proceso establecido en el artículo 76 bis de la Ley 6.354.

El trámite como medida autosatisfactiva se justifica ampliamente.

En primer lugar, que el interés superior del menor, exige que su situación de filiación se resuelva mediante el trámite más rápido que exista en el ordenamiento.

En segundo lugar, ya habiéndose homologado el consentimiento informado, y acompañándose los requisitos del inciso anterior, el caso no requerirá de mayor prueba para resolver.

Por último, se garantiza también la participación de la mujer gestante, y su posible oposición al progreso de la filiación, la cual será resuelta por el Juez en forma expedita.

II) Fundamentos del Apartado II)

Este apartado pretende evitar la dilación innecesaria del proceso. Establece que cumplidos los recaudos establecidos en el inciso anterior, y realizado el trámite del artículo 76 bis de la ley 6354, el Tribunal dictará sentencia de filiación dentro del plazo de 10 días del llamamiento a autos para sentencia.

III) Fundamentos del Apartado III)

Aquí se reitera la garantía del ejercicio igualitario e inclusivo de derechos reproductivos. Es otra garantía contra la discriminación en la gestación por sustitución.

Se aclara expresamente que el Juez interviniente no podrá imponer requisitos distintos a los citados en la presente ley, ni requisitos que importen una discriminación arbitraria por cualquier causa que sea, en la resolución de la acción de filiación.

Se aclara que la nacionalidad, estado civil, edad, elección sexual, nivel socioeconómico de la mujer gestante y/o del o los comitente/s no podrá ser fundamento de rechazo de la acción de filiación interpuesta por el/los comitente/s, bajo pena de nulidad, ya que una negativa judicial fundada en estos factores sería discriminatoria.

Se aclara que tampoco será causa de rechazo de la acción de filiación la imposibilidad bilateral de los comitentes de aportar sus propios gametos.

D - 6) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 6° - SENTENCIA DE FILIACIÓN.”

D - 6 - 1) Fundamentos del “Inciso A) – Sentencia. Contenido.”

En concordancia con el sistema de inscripción no automática del menor, se establece que la sentencia de filiación deberá ordenar en forma expresa al Registro Civil, la inscripción del recién nacido como hijo de el/los comitente/s.

La sentencia también dispondrá el ejercicio de la patria potestad a favor de el/los comitente/s, con efecto retroactivo al momento del nacimiento.

Dispondrá también la obligación de el/los comitente/s de informar al menor sobre la forma en la que fue concebido y gestado, garantizando así el derecho a la información sobre su origen del menor.

También podrá disponer otras medidas de protección del menor recién nacido que estime convenientes el Juez de la causa, siempre en resguardo del interés del menor.

D - 6 - 2) Fundamentos del “Inciso B) – Efecto.”

Se aclara cual es el efecto de la sentencia, a fin de darle completitud a la norma.

La sentencia judicial de filiación tiene efecto de cosa juzgada material, sobre la filiación del menor, impidiendo así que su filiación sea discutida nuevamente en el futuro mediante un proceso posterior.

D - 6 - 3) Fundamentos del “Inciso C) – Recursos.”

El rechazo de la solicitud de filiación a favor del o los comitentes, podrá recurrirse mediante los recursos establecidos en la ley 6354 y demás ordenamiento procesal vigente. Carece de sentido establecer recursos distintos a los ya existentes, que son suficientes para asegurar la correcta aplicación de la norma.

D - 7) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 7° - INCUMPLIMIENTO.”

La realización de un tratamiento de gestación por sustitución sin haber cumplido previamente los requisitos de esta ley, no será fundamento para rechazar la filiación entre el menor nacido y el/los comitente/s.

Esto es lógico, sano y congruente con un sistema protectorio de derechos humanos. Si bien el incumplimiento debe sancionarse, no es legítimo sancionar al menor con la pérdida de filiación automática respecto a sus padres procreacionales.

El fallido artículo 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil, sancionaba el incumplimiento con la pérdida de filiación respecto al menor, determinando que se aplicarían las normas de filiación por naturaleza. Es decir, se obligaba al juez de la causa a que otorgara la filiación del menor a favor de la mujer gestante, como castigo al incumplimiento. Realmente es algo atroz, amén de inconstitucional.

La pérdida de filiación entre el menor y sus padres procreacionales, dañará a los padres, pero también dañará al menor recién nacido, quien es justamente el más vulnerable.

El objeto de esta norma que se propone, es brindar seguridad y protección, y no brindar castigo al recién nacido.

Ante lo cual, quienes no cumplan con la solicitud de homologación previa del consentimiento informado, perderán “la ventaja jurídica” que les brinda, a quienes sí cumplieron, la cosa juzgada sobre la determinación de la voluntad procreacional.

De este modo, en caso de no haberse homologado el consentimiento, el Juez de la causa, resolverá sobre la filiación del menor conforme sea más adecuado al interés superior del menor en el caso concreto.

D - 8) FUNDAMENTOS DEL “ARTÍCULO 8° - DISPOSICIONES TRANSITORIAS.”

La ley propuesta será obligatoria con posterioridad a su vigencia, para casos de gestación por sustitución que no hayan comenzado con el tratamiento.

Sin embargo, en uso de una adecuada práctica legislativa, y para evitar vacíos legales, se impone la necesidad de regular los casos que ya se han iniciado en la Provincia de Mendoza, con anterioridad a la vigencia de la presente.

En caso de que las partes (comitente/s y mujer gestante) ya hayan iniciado el proceso de gestación por sustitución en forma previa a la vigencia de la presente ley, no será aplicable lo establecido en el artículo 7°; ni lo establecido en el artículo 4° de la presente, no siendo exigible el requisito establecido en el artículo 5°, inciso C), apartado 1°) para la interposición de la acción de filiación.

Obviamente, si al momento de dictarse esta ley, si ya se inició el tratamiento, y la mujer gestante ya se encuentra embarazada y gestando un embrión de el/los comitentes, no podrá exigirse la homologación previa del consentimiento informado como requisitos para iniciar la acción de filiación porque sería de imposible cumplimiento.

REFERENCIAS SOBRE EL PROMOTOR DEL PROYECTO

SOBRE EL PROMOTOR DEL PROYECTO

El Dr. JUAN PABLO ROJAS PASCUAL es abogado, egresado de la Universidad Nacional de Cuyo en el año 2007, y matriculado ante el Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Mendoza y ante la Justicia Federal Argentina.

Posee 35 años de edad, y ejerce la profesión en forma liberal, siendo titular del Estudio Jurídico ROJAS PASCUAL - ABOGADOS, situado en la Ciudad de Mendoza, Mendoza. (www.rojaspascual.com.ar).

Se desempeña profesionalmente en materia de Derecho Laboral, Derechos Reproductivos y Derecho de la Empresa.

Es abogado patrocinante en la primera causa judicial iniciada en Mendoza sobre Maternidad Subrogada (Gestación por Sustitución), y posee una reconocida experiencia profesional en el tema.

Realiza numerosas actividades de militancia y/o activismo a favor de la Maternidad Subrogada (Gestación por Sustitución) y Derechos Reproductivos, y es autor de un blog especializado en el tema (queremosnuestroshijos.wordpress.com).

Es autor y promotor del Primer Proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada presentado en la Legislatura de la Provincia de Mendoza.

INDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|--|---------|
| 1).- PRÓLOGO----- | pág. 07 |
| 2).- QUEREMOS NUESTROS HIJOS----- | pág. 09 |
| 3).- NOTA DE PRESENTACIÓN ANTE DIPUTADOS----- | pág. 13 |
| 4).- PROYECTO DE LEY.----- | pág. 19 |
| Artículo 1º - OBJETO----- | pág. 21 |
| Artículo 2º - DEFINICIONES----- | pág. 22 |
| Artículo 3º - COMPETENCIA----- | pág. 23 |
| Artículo 4º - CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO. HOMOLOGACIÓN ----- | pág. 23 |
| Artículo 5º - NACIMIENTO. FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO----- | pág. 26 |
| Artículo 6º - SENTENCIA DE FILIACIÓN----- | pág. 28 |
| Artículo 7º - INCUMPLIMIENTO----- | pág. 29 |
| Artículo 8º - DISPOSICIONES TRANSITORIAS----- | pág. 29 |
| 5).- FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY----- | pág. 31 |
| <u>A) INTRODUCCIÓN Y OBJETO</u> ----- | pág. 33 |
| <u>B) FUNDAMENTOS GENERALES</u> ----- | pág. 35 |
| B - 1) Necesidad de regular la gestación por sustitución----- | pág. 35 |
| B - 1 - a) Función biológica y derechos reproductivos----- | pág. 35 |

| | |
|---|---------|
| B - 1 - b) Los derechos reproductivos son derechos humanos. ----- | pág. 36 |
| B - 1 - c) Los derechos reproductivos----- | pág. 39 |
| B - 1 - d) Personas que requieren de la gestación por sustitución. ----- | pág. 40 |
| B - 1 - e) Antecedentes de regulación----- | pág. 41 |
| B - 1 - f) El deber del Estado. ----- | pág. 42 |
| <u>C) CONSIDERACIONES AL ART. 562</u> ----- | pág. 45 |
| <u>D) FUNDAMENTOS PARTICULARES</u> ----- | pág. 51 |
| D-1) Fundamentos del “ <u>Artículo 1º-Objeto</u> ”----- | pág. 52 |
| D-2) Fundamentos del “ <u>Artículo 2º-Definiciones</u> ”----- | pág. 54 |
| D-3) Fundamentos del “ <u>Artículo 3º-Competencia</u> ”----- | pág. 54 |
| D-4) Fundamentos del “ <u>Artículo 4º-Consentimiento Informado Previo. Homologación judicial.</u> ” ----- | pág. 54 |
| D-5) Fundamentos del “ <u>Artículo 5º.-Nacimiento. Filiación del recién nacido.</u> ”----- | pág. 63 |
| D-6) Fundamentos del “ <u>Artículo 6º.-Sentencia de filiación.</u> ”----- | pág. 67 |
| D-7) Fundamentos del “ <u>Artículo 7º.-Incumplimiento.</u> ” ----- | pág. 68 |
| D-8) Fundamentos del “ <u>Artículo 8º.-Disposiciones transitorias.</u> ”----- | pág. 69 |
| 6).- REFERENCIAS SOBRE EL PROMOTOR ----- | pág. 71 |
| Sobre el autor/promotor del Proyecto----- | pág. 73 |
| 7).- ÍNDICE TEMÁTICO ----- | pág. 75 |
| Índice Temático ----- | pág. 77 |

“HAZ LO QUE NUNCA HAS HECHO,
Y VERÁS LO QUE NUNCA HAS VISTO”

Atribuida a Alessandro Mazariegos

Hecho el depósito que establece
la Ley 11.723

La imagen de la portada corresponde
al artista Romero Britto.

La presente obra se imprimió en MAYO de 2015.

Autoedición del Autor

Ciudad de Mendoza - Mendoza - Argentina.