



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

BUENOS AIRES, 11 de septiembre de 2019

VISTO la **actuación Nº 15119/19**, caratulada: “B, GA, sobre fertilización asistida”; y

CONSIDERANDO:

Que la actuación del VISTO tiene como objeto el reclamo formalizado por GAB, por su propio derecho y en representación de su pareja, MFS, ambos con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, beneficiarios de los servicios médicos asistenciales de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), como consecuencia de las presuntas irregularidades observadas en la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

Que el interesado se encuentra en pareja con MFS y al tratarse de una pareja del mismo género, su única forma de lograr su proyecto de parentalidad es a través de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada “útero subrogado”, “gestación por sustitución” o “gestación solidaria”, entre otras tantas acepciones.

Que en razón de lo dicho, GAP, quien tiene un lazo de afecto y un parentesco por afinidad con los interesados, se ofreció a ser la gestante en este proceso.

Que el ofrecimiento ha sido totalmente altruista y voluntario, no siendo menor el hecho de que la señora ya cuenta con TRES (3) hijos biológicos.

Que en ocasión de comenzar los trámites ante su Obra Social para realizar el tratamiento, esta última los negó por considerarlos fuera del ordenamiento jurídico.

Que lo dicho ameritó un intercambio epistolar entre las partes que culminó con la respuesta del Agente del Seguro de Salud, que se expresó en los siguientes términos: “...rechazamos su pedido por improcedente...En efecto, en la Argentina, ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Reproducción Médicamente Asistida Nº 26.862 ni el nuevo Código Civil y Comercial mencionan la Gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida. En el país el alquiler de vientre no está legislado. En tal sentido dicha práctica no se encuentra en el PMO, y no es de cobertura de las obras sociales...Por lo expuesto, le solicitamos se abstenga de iniciar acciones a todas luces improcedentes...”.

Que a partir de la negativa recibida, el interesado y su pareja decidieron iniciar una presentación en esta INDH el pasado 06/08/19, que motivó el envío de un pedido de informes al Presidente de la Obra Social el 20/08/19.

Que, el Agente de Salud respondió el 23/08/19 en los siguientes términos: *“...En efecto, el reclamante pretende la prestación de tratamiento de fertilidad a llevar adelante en una gestante subrogada...Siendo que tal práctica no se encuentra consentida por la ley, ni comprendida en el flamante código civil, sumado al hecho de que toda la legislación reglamentaria de la ley de fertilidad no ampara dicha cobertura y de hecho, al reglamentar la práctica deja tácitamente excluida la pretensión en conteste...En definitiva, OSECAC no puede suplir una orden judicial, o autorización a llevar adelante una práctica no prevista por la ley, como tampoco constatar el ánimo solidario de la futura gestante, cuestión que únicamente es facultad de un juez...”.*

Que a partir de dicha respuesta, y tomando en consideración la denuncia efectuada por los interesados, corresponde realizar algunas consideraciones y aclaraciones de especial importancia.

Que lo dicho por la Obra Social representa una interpretación parcial del ordenamiento jurídico nacional. Ello, en virtud de considerar que la práctica en cuestión no se encuentra consentida por Ley Nacional Nº 26.862, cuando en verdad no se desprende de su letra ni de su espíritu. Por el contrario, surge de su objeto (Art. 1) el de *“...garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida...”.* Es decir, no determina



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

cuáles técnicas asegura y cuáles no, siendo la “gestación por sustitución” o “gestación subrogada” un tipo de técnica de alta complejidad.

Que asimismo surge del Art. 2 que se considera como reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no, la donación de gametos y/o embriones. Sin embargo lo más interesante de dicho artículo viene dado por el 2º párrafo que indica: “...*Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación...*”. Para el caso, la “gestación por sustitución” o “gestación subrogada”, es una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad, puesto que requiere de la asistencia médica y tecnológica para que se logre el embarazo en el cuerpo de la mujer gestante, jugando un papel trascendental la autoridad de aplicación (*Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación*), al tener que allanar el camino para que estos tratamientos puedan llevarse a cabo sin ningún tipo de obstáculo.

Que siguiendo con el análisis de la norma, es interesante destacar el Art. 6 que describe las “funciones” de la autoridad de aplicación, entre las que se encuentra la de: “*Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente*”. Se observa así que, si la autoridad de aplicación no realiza gestiones tendientes a que un hombre sólo o pareja de hombres puedan acceder a estas técnicas, entonces estarían incumpliendo el mandato legal al no contemplar un “acceso igualitario” a las mismas. Todo ello, como se verá seguidamente, en clara contradicción con uno de los principios constitucionales por excelencia que emana del Art. 16 de nuestra norma fundamental.



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

Que, por otro lado, del Art. 7 se desprende que: “...*toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado...*” tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Que no obstante lo anterior, el artículo más interesante que trae la norma, y que es especialmente relevante para el caso aquí planteado tomando en cuenta el responde hecho por la Obra Social, es sin duda el Art. 8, relacionado con la “cobertura”. En dicho sentido la ley expresa: “...**las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661... incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida...**”.

Que remitiéndonos al glosario de terminología en “Técnicas de Reproducción Asistida” elaborado por la Organización Mundial de la Salud¹, se desprende que las **Técnicas de Reproducción Humana Asistida** son: “...**todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado...**”.

Que hasta aquí ha quedado acreditado que cuando se remite al ordenamiento nacional vigente, dentro de las técnicas de reproducción humana

¹ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010. Organización Mundial de la Salud 2010 F. Zegers-Hochschild, a) G.D Adamson, b) J. de Mouzon, c) O. Ishihara, d) R. Mansour, e) K. Nygren, f) E. Sullivan, g) and S. Vanderpoel, h) for ICMART and WHO.
https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

asistida se debe contemplar al caso aquí planteado, puesto que dicho cuerpo normativo remite a las definiciones de la OMS, quien expresamente contempla como una técnica al “útero subrogado”, o también llamado “gestación por sustitución” o “gestación solidaria”.

Que desde el punto de vista Constitucional, cabe hacer referencia al **“principio de igualdad y no discriminación”** que surge de los Art. 16, 37 y 75 Inc. 2, 19, 22 y 23 de dicho cuerpo normativo.

Que el Art. 16 de la Norma Fundamental expresamente indica que: “...*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley...**”.*

Que en el sentido indicado el Art. 75 inc. 19 indica que corresponde al Congreso: “...*Proveer lo conducente al desarrollo humano...Sancionar leyes de organización...que aseguren...la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...*”. Mientras que, de especial trascendencia, los incisos 22 y 23 del mencionado Art. 75 C.N, por un lado, incorporan los tratados internacionales de derechos humanos que seguidamente se desarrollarán y, por el otro, establecen la obligación de “...*Legislar y promover **medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad....**”.*

Que finalmente este principio de igualdad y no discriminación también se desprende de los tratados internacionales de DDHH, en especial surge de: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5,6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución. Así, tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias². En dicho sentido se entiende que la orientación sexual no es suficiente para justificar la restricción a un derecho, máxime cuando, como en el caso, el acceso a las técnicas comprende el derecho a formar una familia, el derecho de la salud, el derecho a la identidad, el derecho a la diversidad, etc.

Que puede observarse así que, existiendo una norma nacional que garantiza el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida a toda persona mayor de edad, no debería haber motivos por los que hombres solteros, pareja de hombres o mujeres imposibilitadas de gestar no puedan acceder a las mismas. Caso contrario, se estaría violando el principio constitucional anteriormente mencionado generando una discriminación infundada sobre un colectivo de personas claramente identificables.

Que aquí cabe realizar una aclaración de suma importancia, ya que cuando se habla de “discriminación” no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona o un grupo de personas por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En

² Fallo 16.118 - CSJN - Criminal c/ Olivar, Guillermo.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley Nº 23.592), la CSJN sostuvo que: “...*ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional*³...”.

Que no obstante lo dicho, cabe recordar y contemplar lo que nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional dice respecto de los “derechos sexuales y reproductivos”.

Que en dicho sentido nuestra Constitución Nacional expresamente contempla el derecho de la salud en su Art. 42, pero la consagración amplia y detallada de dicho derecho social se ha garantizado a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido expresamente incorporados a nuestro ordenamiento interno a través del Art. 75 inc. 22 C.N.

Que en especial, y para la problemática aquí planteada, cabe hacer mención específica a la: **-Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, cuyo artículo 5, apartado b, establece la importancia de la maternidad como función social; de su artículo 16, el reconocimiento más importante en materia de planificación familiar: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...”; **-Convención Americana sobre Derechos Humanos**, donde numerosos artículos consagran el respeto de los derechos de las personas en igualdad de condiciones, entre ellos el

³ Fallo 314.1531 – CSJN - Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas.



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

artículo 11, que establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar; y el artículo 17, referido a la protección de la familia, que reconoce en los apartados 1 y 2 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Bajo este fundamento, la CIDH ha expresado en el precedente “Artavia Murillo” que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho; -**Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Protocolo de San Salvador**, en ambos instrumentos se hace mención a que los Estados deben garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”**: el artículo 4, apartados a, b, c, e y f, establece que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”; -**Declaración Universal de Derechos Humanos**, cuyo artículo 12 reza: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...)* *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques, artículo que debe entenderse con la inalienabilidad de la dignidad de las personas que garantiza el art. 1 y la igualdad en la protección de la ley del Art 7;* -**Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**: *Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;* -**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, cuyo



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

artículo 23.1 establece que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

Que en el mismo orden de ideas, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos; como así disponer de la información y de los medios para ello, y alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Reconoce a su vez el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Que la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU estableció que la salud reproductiva es *“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a “métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados”*. Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la imposibilidad de lograr un embarazo. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de esos derechos incluyen el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

Que, como se advierte, ningún concepto permanece estático a lo largo del tiempo y el significado jurídico de “familia” no ha sido la excepción. El modelo que hasta hace unas décadas era preponderante en la sociedad ha ido perdiendo virtualidad, permitiendo el avance de nuevos y numerosos tipos de familia, como por



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

ejemplo *uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, familias ensambladas, etc.* y ninguno de ellos puede ser hoy desconocido por el ordenamiento jurídico.

Que los avances científicos han contribuido a modificar el significado y alcance de los conceptos, logrando resultados que hasta hace unas décadas eran impensados. No hay que olvidar que hasta el siglo pasado el único modo de concebir era de forma natural, dentro del aparato reproductor femenino. Sin embargo, la tecnología ha conseguido implementar grandiosas innovaciones en la materia. Por tal motivo, hoy se han logrado disociar dos conceptos que durante mucho tiempo se consideraron inescindibles: **sexo y concepción**.

Que es por ello que, a la luz de estas transformaciones, incluso ha variado la noción de “maternidad”, pudiendo disgregarse en 3 tipos: la genética, la gestacional, y la socioafectiva, que pueden, o no, convivir en la misma persona.

Que no obstante todo lo dicho, en el año 2015 y con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se perdió la posibilidad y oportunidad de reconocer al “útero subrogado” o “la gestación por sustitución” como una de las tantas técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad admisibles por nuestro ordenamiento jurídico; omisión que, en modo alguno, enerva su posibilidad y viabilidad jurídica.

Que en el sentido señalado vale transcribir el Art. 562 del cuerpo normativo anteriormente citado, el que reza: “...Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos...”. Como se advierte, la técnica en cuestión no se encuentra prohibida,



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

pero se excluyó ponderar la posibilidad de que una mujer gestante no sea indefectiblemente la madre de la niña/o por nacer.

Que como se ha manifestado precedentemente, atento que la técnica no se encuentra prohibida, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual “todo lo que no está prohibido está permitido” -artículo 19 de la Constitución Nacional-. Asimismo corresponde mencionar que en la práctica son numerosos los casos de personas solas o parejas que recurren a una mujer gestante para lograr concretar su proyecto de parentalidad, debiendo con posterioridad al nacimiento de la niña/o, realizar un reconocimiento filial a través de una acción judicial.

Que también han sido numerosos los precedentes judiciales⁴ que han declarado “inconstitucional” y “anticonvencional” a este Art. 562 y ello surge palmariamente al corroborar que dicha norma no se adecua ni a la letra ni al espíritu de nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Que atento el estado de la cuestión hasta aquí desarrollada corresponde remarcar que excluir al útero subrogado, gestación por sustitución, gestación solidaria o cualquier otra acepción con la que se denomine a esta técnica, provoca una discriminación infundada sobre un colectivo de personas claramente identificables que se ven imposibilitadas de gestar y por la cual, requerir de un útero subrogado es la “única alternativa” y no una elección entre tantas otras.

Que más allá de lo dicho respecto de la situación de los interesados y de todos los individuos que se encuentran o se pudieran encontrar en una situación similar, esta INDH también considera propicia la oportunidad para hacer un señalamiento relacionado con los derechos de las niñas/os por nacer, en especial, su derecho a la identidad.

Que en dicho sentido se observa que en caso de autorizarse la técnica en cuestión, de conformidad con los postulados del Código Civil y Comercial, el

⁴ Juzgado de Familia nro. 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro s/medidas precautorias (art. 232 CPCC)”,30/12/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debería inscribir dicho nacimiento como hija/o de la mujer que va a gestar, generando así una contradicción con la “voluntad procreacional” de la que habla el Art. 562 de dicho cuerpo normativo. Es decir, se estaría desconociendo tanto, la voluntad del interesado y su pareja, como también el propósito y deseo de la mujer gestante, quien expresamente se ha manifestado a favor de contribuir y oficiar de medio para materializar el embarazo de una pareja que por sus condiciones biológicas se encuentran impedidos de realizar.

Que registrar el nacimiento de la niña/o por nacer de conformidad con el Art. 562 del CCyC implicaría reconocer a la mujer gestante como su madre, pese a no haber aportado material genético, ni tener la voluntad procreacional, por lo que sin duda alguna se vulneraría el derecho a la identidad de esa persona por nacer.

Que dicha vulneración sería aún más palmaria si se toma en cuenta la Ley Nacional N° 26.618 del año 2010 que vino a consagrar el “Matrimonio Civil” entre personas del mismo sexo. En particular, es de especial aplicación el Art. 42 de dicho cuerpo normativo, el que expresamente indica: “...*Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. **Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo...***”.



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

Que pensar lo contrario importaría una flagrante violación del interés superior del niño y la protección integral de la familia, toda vez que esa niña/o por nacer sólo será concebida/o producto de la voluntad procreacional de los interesados.

Que sin embargo cabe destacar que en la actualidad existe un vacío normativo de naturaleza formal y que nada obsta a lo hasta aquí afirmado respecto de las formas en que corresponde inscribir los nacimientos producidos por el método de gestación solidaria, a partir de los derechos involucrados y el interés superior del menor, a saber: el derecho a la identidad, el derecho a la familia, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la verdad, el derecho a la no discriminación, y todos aquellos derechos conexos y derivados de modo razonado de los ya mencionados.

Que finalmente, cabe recordar que la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849) establece, en su art. 2º, inc. 2º, que *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”* e impone que todas las medidas que a su respecto se adopten deben estar guiadas por el *“interés superior del niño”* (art. 3º, inc. 1º). También señala, en su art. 7º, inc. 1º, que los menores deben ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, respetando y preservando su identidad *“...incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...”*; y obligando al Estado a adoptar las medidas necesarias para restablecer rápidamente su identidad (inc. 2º, art. 8º).

Que todo lo dicho lleva a considerar que en la actualidad existe o podrían existir un sinnúmero de personas o parejas que se encuentran llevando a cabo de manera irregular técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad denominadas “gestación por sustitución”, “gestación solidaria” o “útero subrogado”,



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

entre otras, por no contar con el marco legal correspondiente que acompañe y brinde seguridad jurídica a todo el proceso. De esta manera las personas o parejas recurren a mecanismos clandestinos o al famoso “turismo reproductivo”, con todos los potenciales conflictos y agravantes que dichas formas podrían conllevar. Entre ellos, la dificultad para registrar la filiación correcta en los diferentes Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas, debiendo impugnar la maternidad de la mujer gestante a través de la vía judicial.

Que asimismo, y habiendo transcrito las normas aplicables a la problemática descrita, se entiende que, más allá de la literalidad del art. 562 CCyC, a la luz del principio de legalidad previsto en el art. 19 CN, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de los derechos que asisten a los menores, en especial el derecho a la identidad, la igualdad y a la familia, corresponde que esta INDH advierta a las autoridades que en su caso corresponda, de las violaciones a los derechos humanos que dicha omisión causa a todos los actores involucrados que no sólo se circunscriben a los interesados que han recurrido a esta Defensoría, sino que se extiende a todo el colectivo de hombres solos, pareja de hombres y mujeres imposibilitadas de gestar.

Que como se ha podido advertir, parecería arbitrario excluir esta figura del ordenamiento legal, máxime cuando el legislador permitió la donación de gametos y, por tanto, el reemplazo -en ciertos casos- del vínculo biológico por la voluntad de las partes. En dicho sentido corresponde recordar que el nuevo concepto de familia debe juzgarse desde la voluntad y el compromiso entre las partes y, en especial, del mejor resguardo de los derechos de los menores.

Que teniendo en cuenta lo anterior, si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir, entonces, que tampoco las hay cuando se trate de parejas de hombres.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Que, además, el interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no se encuentran motivos para hacer distinciones sobre la base del género de los cónyuges.

Que la Observación General N° 14 de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla el concepto de salud reproductiva y afirma que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección y a los servicios de atención de la salud pertinentes que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto. La salud sexual es un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, y no simplemente la ausencia de afecciones, disfunciones o enfermedades.

Que a fin de colaborar con la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con las propias autoridades públicas de nuestro país, el Defensor del Pueblo de la República Argentina, en su calidad de INDH, implementa desde el 30 de diciembre de 2015, el **“Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030”**.

Que en el marco de un enfoque multidimensional para la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible:⁵ se ha señalado que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) dan forma concreta al desafío de transitar desde un enfoque basado en el crecimiento económico y el ingreso hacia un enfoque integral que incluya las múltiples dimensiones que influyen en el progreso de las personas.

Que esta Agenda se construyó sobre tres pilares; la **universalidad**, es decir que se proponen objetivos y metas idénticos para todos los gobiernos y actores; la **integración**, que supone las dimensiones sociales, económicas y ambientales a lo

⁵ Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe. Progreso Multidimensional: Bienestar más allá del Ingreso.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

largo de la Agenda y la tercera **que nadie quede atrás**, ningún objetivo será logrado a menos que se cumpla para todas las personas.

Que cabe al DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los ciudadanos y, en su calidad de colaborador crítico, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la ley N° 24.284, modificada por la ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su resolución 0001/2014 de fecha 23 de abril de 2014, y la nota de fecha 25 de agosto de 2015 del Sr. Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SEÑOR SUBSECRETARIO GENERAL
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTICULO 1º: RECOMENDAR al Señor Secretario de Gobierno de Salud de la Nación, en su calidad de autoridad de aplicación de la Ley Nacional N° 26.862, que dicte el acto administrativo que en su caso corresponda para reconocer la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada “útero subrogado”, “gestación por sustitución, o “gestación solidaria”, entre otras, y garantizar un mecanismo seguro para todas aquellas personas que deban recurrir a la misma para lograr su proyecto de parentalidad.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

ARTICULO 2º: RECOMENDAR al Señor Superintendente de Servicios de Salud que en el plazo más breve posible arbitre las medidas que en su caso corresponda, con el propósito de modificar la Resolución N° 1709/2014 y reconocer a los Agentes del Seguro de Salud el recupero de las prácticas en cuestión, independientemente que tengan como beneficiario al hombre o la mujer.

ARTICULO 3º: RECOMENDAR al Señor Presidente de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles – OSECAC- que en el más breve plazo posible realice las gestiones tendientes a que GB y su pareja, MFS puedan llevar a cabo su proyecto de parentalidad, respetando sus derechos sexuales y reproductivos.

ARTICULO 4º: RECOMENDAR al Señor Director General del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires que en el plazo más breve posible arbitre las medidas que en su caso corresponda con el propósito de proceder a inscribir conforme la voluntad procreacional de los interesados, todos los nacimientos por técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada “gestación por sustitución” o “útero subrogado”.

ARTICULO 5º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN a la Comisión Bicameral de seguimiento del Defensor del Pueblo de la Nación en el Congreso de la Nación, para que arbitre las medidas que en su caso corresponda a fin de dar intervención a las comisiones que tengan o puedan tener relación con la temática aquí planteada.

ARTICULO 6º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN al Señor Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), para que tome la intervención que considere pertinente.

ARTICULO 7º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN al Señor Coordinador del Programa de Fertilización Asistida de la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

ARTICULO 8º: Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de 30 (TREINTA) días hábiles desde su recepción.

ARTICULO 9º: Regístrese, notifíquese en los términos del 28 de la ley 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00095/2019