

## LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO (\*)

JUAN JOSÉ BENTOLILA (\*\*)

**Resumen:** En este trabajo queremos subrayar el impacto de la gestación por sustitución en diversas áreas de la juridicidad, a través de la teoría general del Derecho.

**Abstract:** In this paper we emphasize the impact of the surrogacy agreement in several areas of legality, through the general theory of law.

**Palabras clave:** Filosofía - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico - Teoría general del Derecho - Gestación por sustitución.

**Key words:** Philosophy - Law - Trialist Theory of the Juridical World - General theory of law - Surrogacy agreement.

1. En materia de filiación, el Código Civil y Comercial de la Nación definió tres fuentes (art. 558, CCC): a) por naturaleza, b) por técnicas de reproducción humana asistida, y c) por adopción.

Dentro de las denominadas técnicas de reproducción humana asistida, el Anteproyecto había contemplado (art. 562<sup>1</sup>) la denominada

---

(\*) Trabajo presentado en el Panel sobre Teoría General del Derecho y Derecho de la Salud de la IV Jornada de Derecho de la Salud y Bioderecho "El Derecho de la Salud y el Código Civil y Comercial. Temas presentes y ausentes", Rosario, 9 de diciembre de 2015.

(\*\*) Profesor Asociado de las asignaturas Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (e-mail: johnb@arnet.com.ar).

<sup>1</sup> Art. 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

JUAN JOSÉ BENTOLILA

gestación por sustitución, instituto que fue excluido del texto posteriormente aprobado.

Sin perjuicio de entender que el tema merecía una adecuada regulación, y que probablemente su marginación se debió a distribuciones por influencia humana difusa, lo cierto es que su presencia normativa hubiera requerido un mayor ajuste en relación a las proyecciones jurídicas con impacto en diversas áreas que exceden el Derecho de las familias.

2. En tales términos, se ha sostenido, en posición que compartimos, que la teoría general del Derecho<sup>2</sup> puede referirse a “lo común” o a “lo abarcativo” de todos los fenómenos jurídicos.

Así, la perspectiva de cada institución del Derecho puede verse altamente enriquecida sobre la base de una adecuada contrastación. De hecho, se ha afirmado que “Si no se tiene sentido del complejo, el conocimiento de alguna rama en particular no satisface el respectivo conocimiento del Derecho”<sup>3</sup>.

Claro está, la mentada vinculación debe enmarcarse en un sistema que se construya con respeto a las particularidades que se reconocen, que no deben, en modo alguno, ser soslayadas por la pretensión generalizadora.

Es que, bajo la intención de combatir la excesiva fragmentación del conocimiento del Derecho<sup>4</sup>, puede arribarse a una indefinición de las

---

prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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.

<sup>2</sup> Sobre los alcances de la expresión analizada, p. c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Nro. 32, págs. 33 y ss.

<sup>3</sup> Ídem, pág. 38.

<sup>4</sup> Fragmentación que impide la visión de conjunto necesaria para la promoción de la táctica y estrategia jurídicas. Al respecto, vide CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La teoría general del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Nro. 32, págs. 25 y ss.

fronteras de cada rama, produciendo una visión que no permita la nitidez al momento de delinear correctamente las diversidades presentes.

Sobre tal delicado equilibrio, es que pretenderemos dar cuenta de ciertos aspectos que, creemos, permiten realizar un análisis comparativo entre áreas jurídicas, con advertencia de similitudes y asimetrías, a los fines de lograr una mejor comprensión del ordenamiento normativo en su totalidad. Ello, claro está, requerirá de la generación de planteos con grado de profundidad filosófica, que admitan una indagación precisa de los elementos considerados.

Con tal objetivo, es que tomaremos herramientas conceptuales brindadas por la teoría trialista del mundo jurídico<sup>5</sup>, marco teórico integrativista<sup>6</sup> que, admitiendo una lectura compleja del universo del Derecho, guiará nuestro discurrir.

3. En cuanto a los sujetos involucrados, según prescribe el ordenamiento normativo, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (arts. 558 y 578, CCC), con independencia del dato genético (arts. 575 y 577, CCC).

---

<sup>5</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 6ª edición, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, U.N.R. Editora, 2012; del mismo autor, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y también "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y BENTOLILA, Juan José (Coordinador), "Introducción al Derecho", Buenos Aires, La Ley, 2009.

<sup>6</sup> Acerca del integrativismo p. v. CAMPOS, Roberto, "Metodología jurídica trialista", en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, Nro. 39, págs. 163 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)", Rosario, Zeus, 2007, págs. 390 y ss. Puede resultar enriquecedora la comparación con la propuesta de COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; del mismo autor "Teoría de la verdad jurídica", Buenos Aires, Losada S.A., 1954; y también REALE, Miguel, "Filosofía del Derecho", Madrid, Pirámide, 1979, t. I, trad. Ángel Herreros Sánchez.

JUAN JOSÉ BENTOLILA

Ello evidencia el avance de la construcción conceptual<sup>7</sup> tradicional de familia por sobre los aportes de la biología y las posibilidades dictadas por las nuevas tecnologías. En efecto, quedan por fuera del reconocimiento normativo del status familiar el aportante de gametos no comitente y la gestante por sustitución.

Pensamos que, garantizado al niño el derecho a preservar su identidad (art. 8, Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 595, incs. b y e, CCC) y a conocer sus orígenes (art. 596, CCC), debe incluirse como dato sensible a ser informado el recurso a la gestación por sustitución y los sujetos no familiares intervinientes, con respeto del anonimato relativo previsto para el donante de gametos (art. 564, inc. b, CCC). Al menos como expectativa de mínima, que tampoco encontramos obstáculo al reconocimiento mismo de estado familiar, lo que impactaría en todo caso en la construcción del concepto mismo de familia, debiendo asumirse, por ejemplo, una múltiple categorización de progenitora (la gestante, la aportante de gameto y la titular de la voluntad procreacional).

Más aun, cabe distinguir situaciones en las que los sujetos intervinientes tienen relación previa (autónoma o de poder) o vínculo biológico, circunstancias que podrán proyectarse hacia el acto examinado.

En relación al objeto, uno de los debates que se ha presentado en el Derecho comparado alude a la onerosidad del acuerdo de gestación por sustitución, que el Anteproyecto decidió vedar (art. 562, inc. f). Tal característica aleja los pactos tratados del ámbito de la comercialidad (en todo de acuerdo con el texto del art. 17, CCC), llevándolos hacia el Derecho civil no patrimonial, lo que constituye una toma de posición sobre un tema de alta controversia. Siguiendo tal sendero, la denominación misma del acuerdo variará en función de las opciones legislativas que se adopten (no parece indiferente calificar el acto como alquiler de vientre, gestación por sustitución, donación de útero, gestación por encargo o maternidad subrogada).

Otra pregunta que cabe hacerse es el grado de autonomía o autoridad que se vislumbra en la celebración de actos como el analizado. Es que, claramente, la formalización jurídica basada en el concepto de voluntad procreacional (art. 562, CCC) suele ocultar que las partes intervinientes cuentan frecuentemente con asimetrías en cuanto a posibilidades

---

<sup>7</sup> Cf. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Buenos Aires, Colihue, 2004.

(clase social, nivel de alfabetización, recurso a la jurisdicción). Así, puede relacionarse sin esfuerzo la gestación por sustitución con los principios emanados de las normativas que tutelan, por ejemplo, a los trabajadores o a los consumidores, estableciéndose un diálogo de fuentes sumamente pertinente.

En cuanto a las formas, la Comisión Redactora diseñó un consentimiento informado y libre, con autorización judicial previa, lo que ubica a la maternidad subrogada como acto jurídico complejo, a mitad de camino entre la negociación de quienes titularizan la voluntad procreacional (art. 562, CCC)<sup>8</sup> y la gestante, y el proceso. Ello posiblemente obedece a la asunción que, en múltiples casos, el consentimiento informado no pasa de ser una ficción jurídica, toda vez que no se evidencia adecuada información previa a las partes intervinientes.

En otro orden de ideas, resulta significativo interrogarse acerca de las razones. En el Anteproyecto no se exige la motivación del acto, lo que vincula a la gestación por sustitución más con el contrato de Derecho privado que con los actos de Derecho público (tales como el acto administrativo o la sentencia, en donde la exigencia de motivación es inherente al acto). Sin embargo, se impone un móvil, que es la imposibilidad de concebir o de llevar embarazo a término por parte del o los comitentes (art. 562, inc. d), lo cual margina la posibilidad de fundar el acto jurídico en otras razones (tales como la incomodidad del embarazo o la búsqueda de una ganancia económica que el texto proyectado prohíbe).

Los límites que se presentan también merecen ser atendidos, trátase de aspectos científicos (imposibilidad de concebir), morales o religiosos (la, por muchos invocada, contravención a construcciones de carácter ético), económicos (el costo del procedimiento), o inclusive sociales (la adecuación de la técnica a lo que la comunidad estima permisible).

Desde el ámbito normativo, la construcción del concepto de maternidad subrogada impacta con evidencia en los diseños de madre, padre, familia, filiación y persona. Una correcta técnica legislativa conlleva la revisión de las posibles discordancias, a los fines de no mellar la coherencia del sistema.

---

<sup>8</sup> En relación a la cual, nada impide que se acrediten los vicios de la voluntad y, por ende, se persiga su ineficacia (arts. 265 y ss., CCC).

JUAN JOSÉ BENTOLILA

Otro dato a tener en consideración, es la ubicación del instituto en el marco del ordenamiento civil y comercial, o en el de una ley especial. Tal opción implicará diversas posibilidades interpretativas (por ejemplo, en relación al elemento sistemático de la interpretación histórica), y la construcción de principios comunes o propios.

Más aun, nada estatuye el Anteproyecto en relación a la reversibilidad del pacto. En efecto, la ausencia de tratamiento de la preclusión en lo que atañe a los derechos de las partes podría conllevar la existencia de múltiples conflictos, en los cuales deba ser el Juez el que integre el ordenamiento normativo ante la carencia, admitiendo o rechazando la facultad comisorias<sup>9</sup>, previa o posterior al nacimiento.

Finalmente, en cuanto a los aspectos axiológicos, debe definirse si se construirá el instituto de la maternidad subrogada desde la justicia conmutativa o espontánea (como parece haberlo decidido la Comisión Redactora del Anteproyecto), monologal o polilogal (con la recepción de los aportes de diversos protagonistas), y el grado de fraccionamiento establecido en relación al complejo personal (la inclusión o exclusión de las relaciones de familia al aportante de gametos no comitente y a la gestante). Va de suyo, admitir un desfraccionamiento al respecto puede conducir a revisar la propia configuración de doble vínculo filial excluyente.

En otro orden de ideas, la prohibición de la onerosidad, la limitación cuantitativa al recurso de gestación por sustitución y el requerimiento de contar la gestante con, al menos, un hijo propio, admiten ser leídos como expansiones de la protección de la gestante contra sí misma, con el costo de espacio de libertad convencional que ello implica.

4. Como claramente puede apreciarse, la frecuente entronización de perspectivas unidimensionalistas normológicas, reduccionismo usualmente establecido como único modelo representativo del quehacer jurídico de raíz europea continental<sup>10</sup>, ha coadyuvado a que la problemática compleja de

<sup>9</sup> Facultad que, para nosotros, ha de ser reconocida ampliamente en función de la relevancia del acto.

<sup>10</sup> Sobre ello, v. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los Sistemas Jurídicos contemporáneos del mundo occidental”, en “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000; CATALANO, Pierangelo, “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en “Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho”, México, Porrúa, 2006; DAVID, René, JAUFFRET SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10ª edición, París, Dalloz, 1992;

institutos como la maternidad subrogada sea asumida sólo desde la norma jurídica, ocultando la riqueza subyacente.

Es por ello que adherimos a la posición que sustenta la necesidad de adopción de un marco teórico que posibilite su ubicación dentro de la construcción de la ciencia jurídica.

---

LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero”, traducción Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; MOISSET de SPANÉS, Luis, “Codificación civil y Derecho Comparado”, Buenos Aires, Zavallia, 1994; SACCO, Rodolfo, GAMBARO, Antonio, “Sistemi giuridici comparati”, Torino, Utet, 1999; SCHIPANI, Sandro, “El Derecho Romano en el Nuevo Mundo”, en “Sistema jurídico latinoamericano...”, cit.; STEIN, Peter, “El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica”, Madrid, Siglo XXI, 2001; y ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, “An Introduction to Comparative Law”, 2ª edición, Londres, North Holland Publishing Company, 1992.