

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de Derecho
Law Review



Nro. 9

Enero - Junio 2013



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. V	Nro. 9	PP. 1-179	Enero – Junio	2013	ISSN 2145-6054
--	-------------------------	--------	--------	-----------	------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen V Ejemplar No. 9 Enero – Junio 2013

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

ÍNDICE

	Página
DERECHO SOCIETARIO	9
DEBERES DE LAS SOCIEDADES INSCRITAS: UN ESTUDIO EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES COLOMBIANO. <i>Duties of registered societies: A legal study of the colombian stock market.</i> Camilo E. Quiñónez Avendaño	10
DERECHO PÚBLICO	30
MODELO CONCESIONAL DE OBRAS PÚBLICAS APLICADO EN LOS PERÍMETROS URBANOS. UNA ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE. PERSPECTIVA DESDE EL AED. <i>Concessional model of public works applied in urban perimeters.</i> <i>An alternative of efficient public policy. Perspective from the Economic Analysis of Law.</i> Raúl Fernando Guerrero Durango	31
DERECHO PRIVADO	47
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO. <i>Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.</i> Carina Susana Jorge	48
EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES? <i>Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?</i> Cristian David Jurado Ferrer	62
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA	88
SENTIDO Y ALCANCE DE LOS “ESTADOS SIMILARES”. <i>Meaning and significance of the “similar States”.</i> José Fernando Botero Bernal	89
CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Outlines of due process in the Colombian law (I).</i> <i>Three integrative lectures about the presumption of innocence.</i> Miguel Antonio Morón Campos - Heriberto Antonio Díaz Arrieta	105
LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL. <i>Insecurity and fear to crime in global society.</i> Carlos Alberto Elbert	128

FILOSOFÍA DEL DERECHO	146
ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN. <i>Conceptual, methodological and normative aspects of balancing.</i>	147
Yezid Carrillo De La rosa Liseth Johanna Reyes Carrillo	
TRES MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA. <i>Three explicative models of the tensions between constitutionalism and democracy in Latinamerica.</i>	159
Daniel Eduardo Flórez Muñoz	
RESEÑAS	169
“CONTEXTO HISTÓRICO, BIOGRAFÍA Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL DEL JURISTA D. DIEGO ANTONIO NAVARRO MARTÍN DE VILLODRES EN ESPAÑA Y EN EL CONTINENTE AMERICANO”.	170
<i>“Historical context, biography and institutional projection of the jurist D. Diego Antonio Navarro Martín de Villodres in Spain and the American continent”.</i> Paulo Bernardo Arboleda Ramírez	
RESEÑA DE LA OBRA “THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW” DE WIM DECOCK. <i>Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.</i>	177
Andrés Botero Bernal	
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS.	182

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO.*

Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.

Carina Susana Jorge**

Fecha de Recepción: 13 de febrero del 2013

Fecha de Aceptación: 20 de mayo del 2013

SUMARIO: 1. introducción. Aspectos metodológicos de la investigación; 2. La discusión actual; 3. Marco Teórico Jurídico: Integrativismo Trialista; 4. El Art. 562 del Proyecto de Código Civil y Comercial (2012) argentino; 5. Reciente antecedente jurisprudencial; 6. La dimensión funcional del fenómeno jurídico: análisis desde la interdisciplina; 7. Algunas conclusiones desde el abordaje bioético. 8. Referencias bibliográficas.

* GRUPO de investigación BIOGESA (BIOÉTICA-GENÉTICA-SALUD) OCA 456/98, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata, "Debate bioético en torno a la gestación por sustitución conforme los lineamientos del Proyecto de Código Civil y Comercial argentino. Implicancias socio-culturales de la decisión de procrear y el interés superior del niño". 1/1/13 al 31/12/14, Director del Grupo: Dr. Zanier Justo, Médico, Genetista, Bioeticista, Prof. Emérito UNMDP, Facultad de Psicología. Directora del Proyecto: Lic. Castellanos Beatriz, Trabajadora Social, Prof. Titular exclusivo UNMDP, Fac. Cs Salud; Co-directora del Proyecto: Lic. Sánchez Mirta Lidia, Psicóloga, Prof. e Investigadora UNMDP, Fac. de Psicología.

** Abogada UNMDP; Diplomada en Derecho de Familia UNR; Maestranda en Derecho Privado UNR; Funcionaria Poder Judicial Provincia de Buenos Aires; integrante en Grupo de Investigación: "Investigación en Bioética, Genética Humana y Salud", Facultad de Psicología UNMDP. Profesora Colaboradora en Curso de Postgrado de Bioética en la Facultad de Ciencias Exactas y Biología de la UNMDP. Domicilio: Los Pinos 111, Barrio Rumencó, Jorge Newbery 5005, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: carinajorge12@hotmail.com

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6th)

Jorge, C. S. (2013). Gestación por sustitución. Implicaciones Jurídicas y bioéticas en el derecho proyectado argentino. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, V (9), 48-61.

RESUMEN

Nuestro actual proyecto de investigación, se propone analizar interdisciplinariamente la incorporación a la dimensión normológica jurídica del fenómeno sociológico “gestación por sustitución”, conforme el Proyecto de Código Civil y Comercial (2012) argentino y desde la Bioética dilucidar si hay un derecho absoluto a la procreación en tensión con el *interés superior del niño*. Asimismo, evaluar las posibles implicancias que esta nueva modalidad de formar una familia aparejen para la sociedad argentina, conforme la plataforma histórica en la que surge y los valores en juego.

PALABRAS CLAVE

Bioética, gestación por sustitución, Derecho de Familia, Medicina reproductiva, derecho a la salud.

ABSTRACT

This investigation project tends to analyze, in an interdisciplinary way, the incursion of the sociologic phenomenon “creation by substitution”, into a normologic dimension of law according to the Argentinian Civil and Commercial Code project (2012). From the perspective of Bioethics, this paper is intended to clarify whether or not there is an absolute right to procreation fighting against the superior interest of the child. Likewise, this project of investigation seeks to evaluate the possible implications of this new way to conform a family into the Argentinian society, in obedience to the historic platform where it took place and de moral values at stake.

KEY WORDS

Bioethics, surrogacy, Family Law, Reproductive Medicine, right to health.

1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Por ser una investigación exploratoria, partimos sin formular hipótesis para identificar la problemática interdisciplinaria en torno a la proyectada innovación legislativa y su repercusión en la realidad. Se trata de una investigación cualitativa, interpretativa y analítica orientada a la comprensión y descripción de temas emergentes bioéticos en torno a la nueva figura jurídica

Como objetivos generales hemos fijado analizar desde una perspectiva bioética la gestación por sustitución en el marco del Proyecto del Código Civil Argentino 2012¹, que la recepta con restricciones, y su implicancia para el derecho a procrear y los derechos del niño nacido con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida –TRAS–.

Como objetivos específicos del proyecto, el Grupo se ha trazado un camino para indagar interdisciplinariamente la necesidad de reformular los conceptos de maternidad, paternidad, parentesco y familia; describir el contexto histórico-social en el que emerge el fenómeno de Gestación por Sustitución en Argentina; conocer los antecedentes y hallazgos en este tema de investigación y el estado actual del conocimiento en Argentina. Para ello resulta importante el poder verificar la regulación legal en el Derecho Comparado, y así evidenciar posibles analogías socio familiares entre los distintos regímenes jurídicos. Especial atención pondremos para verificar la existencia de un derecho personalísimo a la procreación, y en su caso, su extensión ante el interés superior del niño y los valores en juego en nuestra sociedad. Desde el área psicológica se pretende re-significar -a la luz de las nuevas realidades-, los conceptos de pertenencia, y vínculo de origen. Desde la política socio jurídica, analizaremos el impacto de la medicina reproductiva en el sistema de medicina privada prepaga, obras sociales, y en la red pública sanitaria.

Este estudio comprende el análisis de material bibliográfico pertinente que nos permitirá definir nuestras categorías de análisis, y por otra parte recabaremos información realizando entrevistas con informantes calificados. Se proyectó realizar entrevistas en profundidad a Defensores Oficiales y Peritos Oficiales del Ministerio Público de la Defensa Civil con competencia en Derecho de Familia departamental; Jueces de los Tribunales de Familia de Mar del Plata; equipos interdisciplinarios de Peritos en el Poder Judicial local. Profesores y especialistas de probado conocimiento en el tema.

Al partir del dato de la ausencia de legislación nacional que regule el uso de las TRAS, con más el actual debate parlamentario que incluye la formación de una familia a través de la Gestación por Sustitución, sostenemos que el aporte será oportuno y enriquecedor; máxime si consideramos que esta producción científica involucra a las distintas ciencias convocadas en torno al fenómeno.

En el campo socio familiar, se pondrán en evidencia las implicancias de ser padres a través de esta figura, los riesgos, tensiones, y alcances psicológicos tanto para los involucrados, como para la convivencia de las distintas conformaciones familiares.

¹ El Poder Ejecutivo, encargó por Dec 191/2011 a una Comisión, la elaboración de un Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, con media sanción en Congreso a la fecha; ingresa el 08-06-12 al Senado de la Nación, siendo sus autores de la Comisión de Reformas, Dr. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente), la Dra. Elena Highton de Nolasco y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

Asimismo, con el resultado se proyecta efectuar un aporte que pueda ser utilizado en Política Sanitaria, la que despliega un rol fundamental a la hora de hacer efectivos los derechos a la salud, en este caso, reproductiva, tanto en la esfera de la medicina prepaga y sistema de obras sociales, pero con especial énfasis en la red pública sanitaria.

En el plano comunitario, se espera dar continuidad a los intercambios de experiencias de formación teórico-técnica en bioética, docencia y asesoramiento que se vienen realizando desde la constitución de este grupo de investigación.

2. LA DISCUSIÓN ACTUAL

La propuesta interdisciplinaria es analizar teóricamente, la incorporación del fenómeno “gestación por sustitución”, conforme lo regula el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 argentino en el art.562, y con un enfoque bioético que nos permita además dilucidar si hay un derecho absoluto a la procreación, y cuál es el alcance del principio *interés superior del niño*. La presente investigación apunta a estudiar las proyecciones emocionales y familiares del uso de la figura en cuestión, para intentar insertarse en las implicancias que la nueva modalidad de formar una familia, apareja para la sociedad argentina, conforme la plataforma histórica en la que surge, y los valores en juego.

Es que los avances de la Medicina, la Biología y la Tecnociencia han generado un debate profundo en las restantes epistemologías que acompañan el devenir histórico y cultural de Argentina; las familias de hoy (monoparentales, heterosexuales u homosexuales) tienen a su alcance ante la imposibilidad de procrear, la utilización de vías alternativas provistas por la biotecnología. Ante esta última opción, el Derecho es el que tiene el rol de prohibir, aprobar con restricciones o, seguir sin legislar las técnicas de reproducción humana asistida, que tan hondas repercusiones presentan para nuestra sociedad.

Adviértase que a la fecha no contamos con normativa vigente que dé respuesta jurídica a los distintos fenómenos que nacen en torno a la implementación de las TRAS, como la figura en estudio; sí se ha avanzado recientemente en el dictado de una ley nacional (26862 B.O.26/6/13) que regula el acceso a dichas técnicas de una manera amplia, pues no solo obliga al sector de obras sociales y de medicina prepaga a cubrir estas prestaciones, sino que el Estado se erige en responsable residual. No requiere ningún requisito ni la existencia de diagnóstico de infertilidad o franja etárea. En la provincia de Buenos Aires se cuenta con la Ley 14.208 (B.O.3/1/11) que fija restricciones a la utilización de estas técnicas.

La doctrina se encuentra fuertemente dividida ante la gestación por sustitución, y en Derecho comparado es un tema altamente discutible, en especial por ser regulado como contrato oneroso. Así, se encuentra prohibido en Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, España. Lo admiten de manera restrictiva: Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia (capital), Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda. Por la postura amplia, es receptado en Georgia, Ucrania, India, Rusia, y algunos Estados de Estados Unidos, entre otros (Lamm, 2008).

La Bioética nos permitirá reflexionar en especial, acerca de las generaciones nacidas por el uso de estas prácticas y el principio de responsabilidad (Jonas, 1995) que nos reclama el actuar con cautela y humildad ante el enorme poder transformador de la tecnociencia.

Se inaugura así una nueva fuente filiatoria –a la par de la biológica y la adoptiva-, basada en la voluntad procreacional de los padres, y no en la realidad biológica del niño. En esta nueva forma de conformar una familia, se excluye la llamada *teoría de la filiación* la que limita el parentesco exclusivamente a lo biológico y a la familia nuclear, abriéndose paso la *teoría de la alianza de Levi-Strauss (1977)*, la que permite relacionarnos desde otros puntos de contacto, más amplios y conforme se dan en la realidad actual nacional (Valor y Kowalenko, 2010).

Siempre estará presente como norte ineludible la categoría jurídica –interdisciplinaria a la hora de llenar su contenido casuístico-, del *interés superior del niño*, incorporada en nuestro sistema jurídico por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Nº 26.061 de Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, nos preguntamos si existe realmente un derecho personalísimo a la procreación, pues de ser así no tendría límites en la práctica por ser de contenido extrapatrimonial, inalienable, perpetuo, que le corresponde a cada ser humano por la condición de tal; o bien la procreación es una libertad, que genera la obligación estadual de no injerir, y respetar el derecho a reproducirnos o a elegir no hacerlo, como corolario del derecho a la vida familiar y a la intimidad.

Para un fuerte sector de la doctrina, la figura proyectada hace al derecho de procrear, el que se encuentra implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad; así Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora; Dreyzin de Klor, se encuentran, entre otros, a favor de la incorporación legal; por su lado, Zannoni, Eduardo; Bossert, Gustavo; D'Antonio, Daniel; Levy, Lea; Hooft, Eduardo; Sambrizzi, Eduardo, han sido mencionados en opinión contraria a la propuesta (Lamm, 2010).

Para otro extremo (Bustamante Alsina, 1997), este afán posesivo de reclamar el derecho al hijo y la búsqueda extrema del nacimiento a la que se exponen, es un ensañamiento procreativo que persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando que el procrear no es necesariamente un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza y que el hijo tiene el derecho natural de nacer con dignidad.

Como dato reciente de la discusión vigente en Argentina, se ha concluido en la Comisión C de Bioética y Familia, del XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO FAMILIAR, (Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012), en contra de la incorporación del fenómeno; mientras que otro sector, con igual tenor de fundamentos, se ha pronunciado a favor, ya que ante la realidad puesta de manifiesto, la mejor solución y la más garantista, no es silenciar, ni prohibir, sino regular. También se propició la necesidad de un amplio debate en la comunidad internacional a fin de elaborar una "Convención sobre gestación por sustitución internacional" que brinde un marco regulatorio razonable a esta problemática, en la que se priorice el "interés superior del niño".

El Código Civil para un país, es entre otras consideraciones, el marco legal que atraviesa a la persona desde su concepción, nacimiento, niñez, adolescencia, vejez y fallecimiento, siendo su competencia regular los institutos jurídicos de la vida en sociedad y en familia. El Proyecto en este punto, se embarca considerando al objeto del Derecho como norma, realidad y valores, y es así, que por primera vez nuestro país contendrá –de ser ley- una regulación a través de principios en materia de TRAS y nuevas formas de conformar una familia.

En consecuencia, desde el capítulo jurídico utilizaremos un marco teórico que nos permita un análisis de ensamble entre realidad, norma y valores, pues los fenómenos jurídicos no son unidimensionales y por tanto, no admiten una mirada reduccionista.

3. MARCO TEÓRICO JURÍDICO: INTEGRATIVISMO TRIALISTA

Se pretende una investigación que albergue todos los despliegues de la complejidad pura de la que se trata. La gestación por sustitución presenta entonces una faz normológica, otra sociológica, y ambas son atravesadas por los valores actuales consensuados por esta sociedad, conforme lo analiza el Trialismo (Goldschmidt, 2005) con los aportes del Integrativismo de Ciuro Caldani; a diferencia del trialismo de Werner Goldschmidt, Ciuro Caldani no considera a la justicia como el único valor, natural y objetivo, sino que la justicia y el resto de los valores *construidos* sobre acuerdos, permiten hablar de una *dimensión axiológica*.

Afincados en esta postura, sostenemos que desde la letra de la ley no se crean realidades y que, viceversa, desde la prohibición no se logra ocultar la realidad. Es por ello, que estos debates –tecnología aplicada a la vida/muerte-, ya no puedan cumplirse cabalmente desde el positivismo jurídico, el que en palabras de Atienza y Ruiz Manero (2007), es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado Constitucional, pese a la importante contribución que hiciera en el pasado para renovar las áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica

Propiciamos entonces, tres dimensiones: en la realidad se procuran observar los datos, conductas humanas y hechos de la naturaleza; respecto de la norma proyectada por el futuro Código, evaluamos si capta de manera adecuada la realidad; luego estas dos dimensiones son atravesadas desde lo axiológico. Estos valores, son constructos socio culturales, que una sociedad determinada y en un tiempo determinado, reclaman como vigentes y justificados y así los consensúan. Es aquí, donde cabe preguntarse si Argentina, requiere a la luz de sus valores, de una regulación normativa de esta figura.

Desde esta postura y dentro de la Teoría General del derecho, todo fenómeno jurídico es convocado por distintas ramas jurídicas que si bien mantienen su autonomía, lo entrecruzan debiendo entonces buscarse respuestas desde la mirada sistémica del ordenamiento y no como compartimentos estancos, pues cada rama jurídica perseguirá un valor que entrará en tensión con los demás. Así, la filiación resultante de técnicas de reproducción humana asistida se vincula con el Derecho Privado, específicamente con el Derecho de Familia, el que si bien es parte del Derecho Civil, tradicionalmente estuvo siempre cercano al Derecho Público; asimismo, la especialización

que ha exigido a quienes hacemos Derecho de Familia, hace que se haya robustecido en sus principios esenciales, que le dan autonomía respecto de las demás ramas del Derecho Civil. A la par, este tipo de filiación convoca al Derecho Constitucional, al Derecho Procesal, al Derecho de la Niñez, y muy especialmente a la Bioética. ¿Qué objetivo persigue este instituto?: el derecho a la reproducción, a fundar una familia, aspirando también al interés superior del niño.

Por otra parte, la axiología que envuelve al Derecho de Familia se ha visto modificada tras la elaboración de nuevos valores que la sociedad reclama, a la par de los cambios en la familia, la que también es un constructo con todas las implicancias de esta categoría: su existencia no se da de manera aislada sino que está enmarcada en el devenir histórico de las relaciones familiares argentinas, y de una ordenación vertical, se ha llegado a la horizontalidad de sus repartos o conductas en la familia. El presente estudio parte de esta realidad, pues una vez puesta en marcha la llamada democratización de las familias y de sus formas, es imposible limitar similares situaciones sin pecar de arbitrariedad al discriminar y no dar trato igualitario entre *factum* similares (Cédola y Jorge, 2012).

4. EL ART. 562 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (2012) ARGENTINO

Dentro del género TRAS, nos abocamos al análisis bioético del fenómeno jurídico al que denominamos en igual sentido que los proyectistas, gestación por sustitución, contemplado en el Proyecto de CC, en su Art.562, diagramado con fuertes restricciones, pero receptando su legalidad; podemos definirla en este contexto normativo como la técnica utilizada para el acceso a la maternidad y/o paternidad, a través de una tercera persona: mujer gestante, siempre que ella no aporte gameto propio y, al menos uno de los pretendidos padres haya aportado su material genético.

Prevalece así la *voluntad procreacional*, elemento volitivo que determina la asunción de la responsabilidad parental o patria potestad, más allá del aporte de gametos o del hecho de la gestación, claro está con el consentimiento válidamente otorgado por todos los intervinientes.

La figura exige manifestación ante el Juez de Familia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, es decir gestante y comitentes, el que 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 solo si, además de los requisitos que 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 (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Por último, obliga a los centros de salud a no proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial; de lo contrario, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza, siendo el niño nacido hijo de la gestante.

Es válido indicar que la elección de los vocablos no es caprichosa, pues la figura recibe en las legislaciones mundiales distintas nomenclaturas como maternidad subrogada, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena, entre otros. Sostenemos con Lamm (2012) que la designación correcta es Gestación por sustitución toda vez que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto pues engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y en cuanto a la expresión “sustitución”, significa precisamente que se gesta para otro que no puede hacerlo. Cuando las legislaciones se refieren a “subrogación” lo hacen porque es la gestante la que aporta además, el material genético.

Ante semejante novedad social, el Derecho proyectado optó, por captar esta realidad, pero con fuertes restricciones, previendo el legislador cumplir una triple finalidad: evitar el llamado “turismo reproductivo” (Lamm, 2012; Vela Sánchez, 2011) la desigualdad para la pareja homoafectiva de hombres, y desanimar que estas prácticas se cumplan sin control jurisdiccional, es decir para brindar seguridad jurídica.

Agregamos como motivo, que la familia resultante de esta institución, tiene que estar enmarcada en un claro de legalidad, pues de lo contrario quedan excluidas, discriminadas, y sin vigencia para el ordenamiento jurídico.

Al respecto se reconoce que muchas son las cuestiones para analizar y sobre todo, la complejidad de las mismas que inviabiliza que todas puedan estar contenidas taxativamente en una normativa jurídica. Sin embargo y una vez más, nos encontramos como sociedad enfrentados a la disyuntiva de permitir una práctica de manera clandestina o bien buscar un marco jurídico adecuado que acepte con limitaciones la relación entre dos personas en condiciones de satisfacer un beneficio propio y otro, ajeno.

El instituto proyectado reviste las siguientes aristas, distinguiéndola de otras regulaciones extranjeras; así se impone un límite a la gestante la que no puede ofrecer su útero más que dos veces, descartando entonces que para esta persona la gestación por sustitución se convierta en un “trabajo” o “modo de ganarse la vida”, como se cita sucede en la India que tiene el alquiler del útero legislado y permitido de manera tal que una mujer puede ganar con esta práctica más de lo que ganaría en 15 años en un trabajo estándar (SEBASTIANI, y PESCE).

Otra limitación, dirigida a los comitentes, es exigir que exista un diagnóstico de infertilidad-esterilidad, evitando que sea una opción amplia para aquellas parejas no imposibilitadas de concebir o de cumplir un embarazo a término.

Se intenta brindar seguridad jurídica a través de la regulación del instituto, y así, evitar la eventual explotación de mujeres que por circunstancias relacionadas con su pobreza puedan no ser debidamente autónomas a la hora de tomar algunas decisiones; incorpora el escenario del Tribunal de Familia, con Juez y equipo, Asesora de Incapaces e intervinientes con patrocinio letrado,

alejándose de otras legislaciones que regulan la figura a través de la tutela, supervisión y la participación económica de agencias que se ocupan del reclutamiento, de la fertilización asistida y de otros temas relacionados con el útero de alquiler.

En pos de la seguridad jurídica mencionada, con el acuerdo homologado en sede jurisdiccional, quedan resueltas para los intervinientes consideraciones como la imposibilidad de arrepentimiento de la gestante tras la homologación del convenio; el eventual divorcio o fallecimiento de los comitentes en el transcurso del proceso gravídico; la imposibilidad de no aceptar al niño si nace con alguna alteración estructural invalidante.

El legislador proyectista ha procurado que el móvil de la figura sea el altruismo, sin transacción comercial, que la participación de la gestante se haga por el mero deseo de poder ayudar a otros; es obvio que ante este panorama, la gestante será factiblemente, una amiga o pariente de la pareja comitente, lo que nos lleva a un argumento profundo a analizar y es la combinación “madre-abuela”, “madre-tía” o “madre-amiga”, reunida en la misma persona.

5. RECIENTE ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL²

En fecha 18/6/13, llega el primer caso de autorización de inscripción de nacimiento de una niña nacida en nuestro país –hay antecedente de niños nacidos en el extranjero³–, producto de la gestación por sustitución, resultando el fallo favorable a la pretensión. Desde la actividad jurisdiccional la cuestión no resulta tan compleja, pues la gestación y nacimiento estaban cumplidos, y la relación entre los interesados se mantenía conforme el acuerdo verbal originario, es decir no mediaba arrepentimiento de la gestante en relación a haberlo hecho a favor de la pareja amiga.

Recordemos que el Art.70 Código Civil (CCiv) reputa que desde la concepción en el seno materno se es persona, y que conforme el Art.242 CCiv la maternidad queda establecida aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, procediéndose a su inscripción a través de certificado de médico que haya atendido a la mujer en el parto, con más la ficha de identificación del recién nacido (Ley 24540 de Régimen de Identificación de recién Nacidos mod. por Ley 24882); por su parte de estar casada el Art.243 CCiv sienta la presunción de paternidad matrimonial. También impera la Ley 26413 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, que en sus Arts. 31 y 32, exige para probar el hecho del nacimiento el correspondiente certificado médico y a los efectos de completar esta identificación, debe presentarse formulario, prenumerado, denominado "Certificado Médico de Nacimiento" en el que constarán datos

² Expte. 38316/2012 - “NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento”; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013, de la Base de datos: elDial.com- AA7FB3, Publicado el 27/06/2013.

³ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad autónoma de Buenos Aires 22/3/2012, D.C.G y G.A.M. c/Gobiernos de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo; ídem autos G.B.F.D. y M.D.C. c/Gobiernos de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo. En estos casos se autorizó la inscripción de niños nacidos en el exterior por gestación por sustitución a favor de parejas homoafectivas que manifestaban válidamente su voluntad procreacional. Otro antecedente nacional, pero que no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, data del 14/4/10 en la ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, en proceso de acción de impugnación de maternidad iniciado por quien aportara gametos femeninos contra la gestante que había dado a luz al niño. Sentencia en comentario. Obtenido de la Base de datos: El dial.com- AA7FB3 publicado el 27/6/13.-

precisos de la madre con más la impresión dígito pulgar derecha; del recién nacido con más la impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida.

Así, en el caso fallado, un matrimonio heterosexual, con posibilidades nulas de llegar a un embarazo -la mujer había padecido la extracción de útero-, recibe el ofrecimiento de una amiga en común. Ellos aportan los gametos, y logran un embrión a través de Fertilización *In vitro*.

Si bien la figura no está prohibida ni legislada, resulta imposible la inscripción registral de la niña de este matrimonio toda vez que el acta de constatación de parto de la institución sanitaria determina que la maternidad es de la gestante y no de la *comitente*.

El juez acepta que en la realidad actual existen nuevos núcleos familiares, con maternidades y paternidades impensables hasta hace unos años; que puede estar dissociada la maternidad genética, la maternidad gestacional, y la maternidad social, a través de las TRAS, y que al hilo de la filiación llamada biológica y la adoptiva, hoy reconocemos como dato observable la voluntad procreacional, lo que en este caso amerita pronunciarse a favor de ella. Como ya señaláramos, es el elemento volitivo que determina la asunción de la responsabilidad parental o patria potestad, más allá del aporte de gametos o del hecho de la gestación.

El decisorio reconoce los impedimentos del Art.242 CCiv y de la Ley 26413, pero opta por correrse del formalismo para atender el verdadero beneficio de los interesados a través de una resolución útil, con base en el derecho proyectado (Proyecto Código Civil y Comercial) y en la voluntad procreacional. Es una realidad que “aun cuando no esté legislada merece una respuesta, en este caso de la jurisprudencia en ausencia de la ley que la legisle y contemplando, sin dudas, la inexistencia de ley que la prohíba”.

Deja a salvo el derecho del niño a su identidad, imponiendo a los peticionantes la obligación de hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional. La pregunta es cómo se hará efectiva esta intimación ante la condición temporal de “oportunamente”.

En el debate del Grupo este punto es neurálgico y será materia de profundización interdisciplinaria: el respetar y hacer efectivo el derecho a la identidad del niño concebido con la utilización de las TRAS (Art.75, inc. 23 Constitución Nacional, Convención de los Derechos del niño, y Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes).

6. LA DIMENSIÓN FUNCIONAL DEL FENÓMENO JURÍDICO: ANÁLISIS DESDE LA INTERDISCIPLINA

La riqueza de la interdisciplina nos permite no estancar el estudio, y así se incorporan al debate desde la Psicología⁴, otros aspectos de la figura; se parte de la existencia de un modelo de aparato psíquico donde se organizan zonas distinguibles llamadas *espacios psíquicos*; uno de estos espacios da cuenta del mundo interno donde se encuentra el Sujeto con sus representaciones, imágenes,

⁴Aporte de Lic. DEGADO, Liliana, Psicóloga, integrante del Grupo BIOGESA.

sueños y fantasías. Allí se alojan las representaciones de su cuerpo como por ejemplo, su propio funcionamiento mental; otro de esos espacios es el mundo interpersonal, donde el Yo se encuentra con otros, en una cierta relación de intimidad privilegiada. En estos intercambios se construye la identidad sexual y se inserta el Sujeto en una genealogía, que dará cuenta de las marcas del origen vincular.

Otro aspecto a considerar es el mundo circundante o socio-cultural donde se establecen relaciones con uno o varios representantes de la comunidad, valores, creencias, ideologías, principios morales, entre otros. Históricamente el ser humano parte de una representación donde el vínculo del origen remite a dos figuras parentales, y la transformación posible a partir de esta nueva modalidad de gestación; nos interrogamos entonces acerca de las consecuencias que como resultante de la incorporación de la nueva figura de gestación por sustitución, podrán modificar las representaciones que todo ser humano tiene en cuanto a su origen.

A partir de este enunciado quedan abiertas las siguientes cuestiones: Las relaciones de parentesco consanguíneas imponen en esta cultura la prohibición del intercambio sexual y procreativo; en estas nuevas realidades, ¿serían avaladas de alguna manera?; de ser así, habría cambios en las configuraciones, donde cada relación o modalidad vincular podría dar cuenta de varias modalidades superpuestas de parentesco, (madre gestante–abuela; tía/amiga gestante-madre); ello, en especial énfasis desde el punto de vista del niño.

El individuo nace en un vínculo y de un vínculo. Es imposible pensarlo solo o aislado. Esta *pertenencia* es el sostén narcisista que ampara al sujeto, marca una ley entre un adentro y un afuera siendo el adentro el área privilegiada que agrega continuidad, continencia y seguridad. Surge aquí el interrogante, ante esta novedosa pertenencia de cómo operará la vivencia de sostén ante la indefensión del niño que se va constituyendo ante un mito en el origen dónde la representación parental lo remite ya no a la pareja, sino a una tríada.

Dado que la pertenencia tiene sus propios mecanismos, siendo estos diferentes a los mecanismos de identificación, dadores de identidad, cabe preguntarnos cómo se constituirá esta identidad ante el desajuste de figuras identificatorias y figuras de pertenencia, pues el niño construye su identidad desde los modelos identificatorios de funciones parentales que en estos casos, no coincidirán en su totalidad con aquellas a las que pertenece.

Desde lo social⁵, advertimos que las múltiples realidades sociales plantean nuevas concepciones de familia, donde se interpelan los nuevos contextos sociales, políticos, económicos y culturales, existiendo construcciones familiares tradicionales que conviven con otras que postulan rupturas generacionales.

Definir el entorno cultural/social donde emerge el fenómeno de la gestación por sustitución es entender que el hombre es fundamentalmente un ser dialógico y que su esencia es social: solo “es” en relación a un “otro”, lo cual permite reconocernos como un “yo” en un “nosotros”.

⁵ Aporte de Lic. García, Nilda, Trabajadora Social, integrante del Grupo BIOGESA.

El presente estudio, se propone abordar el campo de las costumbres, hábitos y valores humanos, considerando que la acción social no debe ni puede ser separada de las condiciones que constituyen su medio de realización, comprendiendo que *“la familia es una institución social, creada y transformada por hombres y mujeres en su accionar cotidiano, individual y colectivo. Su universalidad reside en algunas funciones y tareas que deben ser realizadas en toda sociedad”*. (Jelin, 2010)

Desde la política sanitaria, se estudian las consecuencias y la factibilidad del acceso al uso de las TRAS conforme lo prevé la Ley 26862; creemos que el impacto de la medicina reproductiva en el sistema de medicina prepaga, obras sociales, tendrá su repercusión en el presupuesto de la red pública sanitaria de nuestro país, generándose tal vez una desigualdad no deseada desde la letra de la ley.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES DESDE EL ABORDAJE BIOÉTICO

Como primeras conclusiones a someter a análisis, reconocemos que el Derecho tiene el deber de regular la figura en cuestión desde su dimensión normológica, con los perfiles que la realidad y los valores en juego le exigen.

Ahora bien, desde la Bioética los cuestionamientos se diversifican y predicen una difícil práctica de este instituto; así, el llamado derecho personalísimo a la procreación; el derecho a la identidad del niño, frente a la intimidad del dador de gameto, cuando se utiliza la reproducción heteróloga; el otorgamiento del consentimiento de la gestante y su posible necesidad de revocar lo decidido; buscar la seguridad jurídica judicializando cuestiones éticas y personales de una familia; proteger a los comitentes ante el arrepentimiento de la gestante; la respuesta psicológica de la gestante al momento de “entregar” el niño a los comitentes; la inclusión o prohibición de realizar un contrato de esta naturaleza, y en su caso, de tipo oneroso o gratuito; significado para la pareja comitente al ingresar un elemento y/o integrante extraño en su relación sexual; el deseo de procrear sin co-gestante.

Es que el niño por nacer se encuentra en una situación de vulnerabilidad en relación con el padre y/o madre que toma esta decisión conforme su autonomía personal.

Lo hasta aquí consultado y expuesto, nos lleva a reflexionar acerca de las aplicaciones y limitaciones de los tradicionales principios bioéticos de autonomía, beneficencia y no maleficencia, de justicia y equidad, del imperativo tecnológico, del principio de precaución y de responsabilidad, desde diversos modelos de análisis bioéticos, y desde la perspectiva de los sujetos implicados en esta figura de la gestación sustituta⁷.

Valgan como cuestiones disparadoras de la investigación, comprender hasta dónde llegan los conflictos de la autonomía de la voluntad de las personas involucradas; ¿quién o quiénes son los beneficiarios del beneficio de la tecnología? En el caso en estudio, ¿ante quién o quiénes

⁶ Aporte de Prof. ASNARIZ, Teresa, Prof. de Filosofía, integrante del Grupo BIOGESA.

desplegamos el “Principio de no dañar” (No maleficencia), y qué sucede con la vigencia de los principios de precaución y responsabilidad? La nueva figura ¿nos lleva a mayor Justicia y equidad social?

En última instancia, ¿favorece la felicidad individual en un marco de bien general?, teniendo en cuenta fundamentalmente el respeto por la libertad de las personas y el interés superior del niño, bases de una Bioética más social, ya no centrada en el hombre individual sino en el rol funcional de la persona y las familias en sociedad.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M. y Ruiz Manero, J. “Dejemos atrás el Positivismo Jurídico”. *Revista Isonomía Nro. 27*, España, octubre de 2007.

BUSTAMANTE ALSINA, J. “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, Buenos Aires, La Ley 1997-D, 1212.

CÉDOLA, C. y Jorge, C. “El derecho del niño a los padres de origen elijan la familia adoptante”, ponencia presentada en XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mar del plata, Argentina, octubre 2012.

CIURO CALDANI, M.A. “Complejidad del funcionamiento de las normas”, Buenos Aires, La Ley 2008-B, 782.

CONCLUSIÓN DE COMISIÓN C: BIOÉTICA Y FAMILIA, del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012.

GOLDSCHMIDT, W. (2005) “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, LexisNexis, 5ta. ed., Buenos Aires, ps. XVII/XIX, y 8/16.

JELIN, E. (2010) “Pan y afectos. La transformación de las familias”. Ed. Fondo de Cultura económica, Bs. As. p. 18/19.

JONAS, H. (1995) “El principio de la responsabilidad”. Barcelona. Herder.

LAMM, E. “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, octubre 2008, p.11 y ss.

LAMM, E. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *InDret 3/2012: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2012, p.4-5; 21-31.

LEVI-STRAUSS, C. (1977) “Antropología estructural”. Editorial universitaria de Buenos Aires.

SEBASTIANI, M. y Pesce, R. “Involucrados: pareja padres, el niño, la gestante sustituta: madre y abuela”. *Ancianidad. Aspectos Éticos del útero subrogado*; disponible en: AABioética.División Tocoginecología–Hospital Italiano de Buenos Aires, extraído el 2 de enero de 2013 desde <http://www.aabioetica.org/opino.htm>

VALOR, D. -Kowalenko, A. "El Régimen de Visitas respecto de los hijos de la ex-pareja homoafectivas". Ponencia presentada en Segundo Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia, Córdoba, Argentina, 10 al 12 de noviembre de 2010.

VELA SÁNCHEZ, A.J.; "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España". A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011; en "Diario La Ley, Sección Doctrina", núm.7815, Año XXXIII, p.1 y ss.