

Título: Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución

Autor: Vittola, Leonardo R.

Publicado en: RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, 44

Cita: TR LALEY AR/DOC/3387/2019

Sumario: I. La gestación por sustitución en la Argentina.— II. La cuestión de competencia.— III. La perspectiva en materia de derechos humanos que debe guiar toda solución posible.— IV. Palabras de cierre.

(*)

I. La gestación por sustitución en la Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Civ. y Com.) incorpora como tercera fuente filial a las técnicas de reproducción humana asistidas (en adelante, TRHA). Reconoce las especificidades que plantea el uso de las TRHA y, en consecuencia, la necesidad de contar con un régimen jurídico distinto al que ofrecen tanto la fuente filial por naturaleza como la adopción.

En este régimen jurídico articulado por el Cód. Civ. y Com. pueden escindirse con claridad los elementos biológico, genético y volitivo, adquiriendo preponderancia este último por sobre los primeros en el supuesto de las TRHA (1) debido a que el nacimiento esperado se produce por la voluntad del/los requirente/s. Y si bien el elemento volitivo puede vislumbrarse en otras fuentes filiales, no es esencial y determinante como en estas últimas (doc. arts. 560, 561 y 562 del Cód. Civ. y Com.).

Dentro de las TRHA existen diferentes prácticas siendo una de ellas la denominada "gestación por sustitución". Ahora bien, ¿de qué se trata?

Es una técnica de reproducción humana asistida que tiene la particularidad de comprometer el cuerpo y la salud de una tercera persona, gestante, que está de acuerdo con otra o con una pareja, requirente/s, para que esta/s alcance/n la maternidad y/o paternidad (2). Es decir, que involucra a una tercera persona —gestante— con quien el nacido no tendrá vínculo jurídico filial alguno, más allá del derecho ulterior a conocer su origen genético-gestacional (3).

Esta particularidad que encierra la técnica ha generado arduos debates en la doctrina nacional que aún siguen abiertos más allá de la clara tendencia que existe hacia su favorable recepción (4).

Por el contrario, desde la óptica de la jurisprudencia la cosa parece ser más sencilla, pues no existe resistencia al momento de reconocer y receptor esta práctica que resulta ser —muchas veces— la única opción viable para garantizar el derecho humano a formar una familia del/los requirentes. Sin embargo, como consecuencia de la falta de regulación, la discusión reposa sobre las diferentes estrategias procesales utilizadas con la finalidad de alcanzar una inscripción registral acorde a la realidad (5).

Como puede apreciarse el Cód. Civ. y Com. ha optado por guardar silencio con relación a la regulación de esta práctica médica.

El Anteproyecto de reforma al Código Civil de Vélez presentado en el año 2012 regulaba a la gestación por sustitución en el art. 562 donde decía: "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 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, a un [1] hijo propio (...) Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial (...). Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

Sin embargo, las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral terminaron por quitar esta norma proyectada, lo que fue convalidado por el Senado posteriormente (6).

De esta manera, desde la óptica del derecho comparado, la Argentina se alista en una posición abstencionista (7) no brindando respuesta concreta frente a los supuestos de gestación por sustitución, lo que en la práctica conlleva a elaborar —como se adelantó— diferentes estrategias jurídicas en el afán de obtener una respuesta jurisdiccional acorde a la realidad que viven las partes involucradas. Máxime cuando, en rigor de verdad, el silencio no imposibilita que en los hechos la práctica se siga llevando a cabo.

Al respecto, se puede señalar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Bahía Blanca, en la Comisión N.º 6 de Familia, identidad y filiación, se concluyó por unanimidad: "Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida" (8). Y, asimismo, también por unanimidad, que "[s]e debe regular la gestación por sustitución en una Ley Especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación" (9).

De esta manera, la gestación por sustitución resulta ser una práctica que se lleva a cabo con más frecuencia en la Argentina y que, al día de la fecha, no cuenta con regulación específica, situando al/los requirente/s y al/la gestante en un estado de desprotección.

II. La cuestión de competencia

II.1. Nociones generales

Más allá de las diferentes estrategias procesales que se vislumbran en la praxis judicial argentina entorno a la gestación por sustitución (impugnaciones de maternidad, autorizaciones judiciales previas a la transferencia de embrionaria, inscripciones de nacimiento o acciones declarativa de certeza) con la finalidad de eludir la máxima *mater semper certa est* contenida en la actual redacción del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y así poder alcanzar una inscripción registral que respete la voluntad procreacional del/los requirentes y la identidad del nacido, un problema común que deben enfrentar todas ellas es lo relativo a la cuestión de competencia.

En un sentido amplio, Couture enseña que "la competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto (...) La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional" (10).

El abordaje que aquí se propicia atiende a la competencia territorial y la interpretación armónica que debe efectuarse de las normas contenidas en el Cód. Civ. y Com. y el Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial. La competencia en sentido material no ofrece inconvenientes (arts. 706, inc. b, Cód. Civ. y Com. y 827, Cód. Proc. Civ. y Com.).

El derecho procesal argentino, específicamente el derecho procesal de familia, con la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com. ha sufrido grandes modificaciones. Si bien en el Código Civil derogado podrían identificarse diversas normas que contenían cuestiones de forma, el Cód. Civ. y Com. reserva un título dedicado al "proceso de familia" a partir del art. 705. En este se deja plasmada una serie de principios procesales de raigambre constitucional-convencional, fijándose con ello un piso mínimo compatible con los principios emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que no puede ser soslayado por las Provincias (11).

En lo que respecta a las acciones de filiación la competencia está regulada en el art. 5º, inc. 3º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y su par provincial, que rezan: "Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia".

Por su parte, el Cód. Civ. y Com. sostiene: "En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado".

Se brinda una excepción a la pauta general, de manera tal que cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 581, Cód. Civ. y Com.) (12).

El principio general es que las acciones de filiación se interponen por ante el juez del domicilio de la persona demandada. La excepción a esa regla general es que la parte actora sea una persona menor de edad o con capacidad restringida.

Como expresa Mariela González de Vicel, la excepción deviene disruptiva de la tradicional atribución de competencia de tinte fuertemente patrimonial, cuestionables por resentir el acceso a la tutela judicial efectiva. De este modo, el acceso a la justicia se materializa no solo con la posibilidad de ocurrir al ámbito jurisdiccional en búsqueda del amparo de los derechos, sino también allanando los caminos removiendo los obstáculos reales que impidan ese fin (13).

Sentado ello, nos debemos preguntar: ¿cuáles son los problemas que acarrea la gestación por sustitución entorno a la competencia?

Para poder responder esta pregunta se deben analizar por separado cada una de las estrategias jurídicas

evidenciadas en la jurisprudencia, toda vez que no será lo mismo aquellos supuestos en donde la práctica ya se llevó a cabo de aquellos que persiguen una autorización previa a la transferencia de embrionaria.

II.2. La peculiar situación de la gestación por sustitución

Como ya se dijo, se debe separar por un lado las acciones articuladas cuando la gestación por sustitución ya se llevó a cabo y, por otro, aquella tendiente a obtener una autorización judicial previa a la transferencia embrionaria en la persona gestante.

En el caso de las primeras, la figura de la gestante pierde preponderancia, pues la relación jurídica que la unía en un principio al/los requirente/s se agotó al momento de dar a luz. En este sentido, la aplicación de la regla general contenida en el art. 720 del Cód. Civ. y Com. como así también del art. 5º, inc. 3º del Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial, no ofrecen mayores inconvenientes. Existiendo en esos casos un litigio a resolver por la jurisdicción.

El problema se puede encontrar en la particular situación del pedido de autorización judicial previa a la gestación por sustitución. Frente a esta situación pueden generarse conflictos de competencia que exigen una interpretación superadora de las normas en juego por parte de los operadores de la justicia con la finalidad de brindar soluciones jurídicas que eviten entorpecer el acceso a la tutela judicial efectiva (14). Ello se debe a que la relación jurídica estará enmarcada por dos o hasta tres personas —requirentes— que no guardan una relación de actor-demandado, sino que, simplemente el/los requirente/s solicitan la autorización judicial para la realización de la transferencia embrionaria (como autorización u homologación), pretensión que, en materia de competencia, al no resultar de aplicación la pauta contenida en el art. 720 del Cód. Civ. y Com., quedaría subsumida en las reglas generales contenidas en el art. 5º del Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial.

Se debe señalar, que tanto el Anteproyecto del Código Civil y Comercial como diferentes proyectos de ley (15) resultan coincidentes respecto al abordaje previo que la justicia debe realizar con el objeto de garantizar los derechos humanos de las personas involucradas —en particular a la persona gestante y los niños o niñas nacidos del uso de esta técnica—, en consonancia con lo sostenido por la doctrina mayoritaria en cuanto a que resulta ser la estrategia más adecuada (16). Debido a ello, el análisis acerca de la competencia en estos casos deviene extremadamente necesario.

El primer interrogante que se presenta en estos casos es si las reglas generales contenidas en el art. 5º del Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial alcanzan a brindar respuesta a todos los casos de gestación por sustitución. ¿Acaso se puede afirmar que las reglas generales de competencia inmersas en el art. 4º del Cód. Proc. Civ. y Com. resultan adecuadas para todos los supuestos de gestación por sustitución? Como se dijo, el problema viene de la mano de aquellos pedidos de autorización judicial previa que, por las particularidades que encierra la temática, no resulta sencilla su subsunción en alguna de las reglas contenidas en la norma citada.

Para responder es necesario realizar una breve síntesis de los conflictos de competencia suscitados en la jurisprudencia argentina en materia de gestación por sustitución.

II.3. Las diferentes respuestas brindadas por la jurisprudencia

Si bien existen escasos ejemplos en la jurisprudencia, son suficientes para poder apreciar que no existe un criterio uniforme, sino que, además, se advierte fácilmente como la novel temática sorprende a los jueces que han improvisado diferentes soluciones en la práctica sin contar con un exhaustivo razonamiento que garantice la concreción de los derechos humanos de las personas involucradas.

Un precedente que merece ser objeto de análisis es el que tramitó por ante el Juzgado de Familia N.º 2 de La Plata (17).

En el caso, se presenta el matrimonio M. F.-S. E., domiciliados en la ciudad de Campana, juntamente con C., M. J., domiciliada en la ciudad de Bahía Blanca, con el objeto de requerir autorización judicial para la implantación de embriones criopreservados con material genético del matrimonio comitente en el cuerpo de C. M. J. —gestante—, peticionando que posteriormente se produzca el emplazamiento filial con los primeros y no como hijo de esta última.

Es dable destacar que este caso presenta como particularidad que las partes han acompañado en la justicia un contrato donde en la cláusula decimoquinta acuerdan someterse a la jurisdicción de los Juzgados de Familia de La Plata, renunciando a cualquier otra jurisdicción que por razón de su domicilio pudiera corresponder. Denuncian que son competentes los Juzgados de Familia de La Plata debido que es allí donde se celebró el consentimiento informado y se expresó la voluntad procreacional y será el lugar donde se realice la implantación de los embriones.

El magistrado señala en primer lugar que la competencia resulta ser improrrogable e indelegable de

conformidad con lo que dimana de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Proc. Civ. y Com.; debido a ello la disponibilidad de las partes reviste carácter de excepcional, debiendo estar previsto por la ley.

Partiendo de esa base puntualiza que no llega a su consideración un simple contrato con el objeto de ser homologado, sino que se está "analizando el emplazamiento de un estado de familia de un nuevo ser humano por nacer" (sic). En este sentido, sostiene que no es posible apartarse de normas de competencia que resulten de orden público. Y, asimismo, expresa que "específicamente se solicita dejar sin efecto la presunción de maternidad regulada en el art. 565 (...) por consiguiente las normas que deben regir esta cuestión no son las del cumplimiento del contrato u obligaciones contractuales sino las que rigen las acciones de estado de familia" (sic).

Habiendo aclarado ello, seguidamente, analiza la regla de competencia contenida en el art. 716 del Cód. Civ. y Com., relativa a la noción del concepto de centro de vida de la persona menor de edad, juntamente con lo normado por el art. 5º, inc. 12 del Cód. Proc. Civ. y Com. que establece como regla de competencia en los procesos voluntarios "el del domicilio de la persona en cuyo interés se promuevan, salvo disposición en contrario". De esta manera, sostiene que frente a los tres escenarios posibles, esto es, comitentes con residencia en la ciudad de Campana, gestante con residencia en la ciudad de Bahía Blanca, y la localidad de La Plata donde se prestó el consentimiento informado y donde se llevará a cabo la implantación; entiende que resulta competente el juez del domicilio del matrimonio comitente en razón de haber expresado su voluntad procreacional y quienes solicitaron el emplazamiento del estado de hijo y por resultar esa la residencia habitual o centro de vida donde se integrará el niño por nacer.

De este modo, resuelve inhibirse de entender en el proceso y remitir las actuaciones al Juzgado de Familia del Departamento Judicial Zárate-Campana que por sorteo corresponda, por encontrarse allí el domicilio de los comitentes en cuyo interés se promueve la acción.

Por su parte, el Titular del Juzgado de Familia N.º 2 del Departamento Judicial de Zárate-Campana (18), sostiene que resultan de aplicación las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad por cuanto expresa que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (sección 2º, inc. 1º). De este modo, entiende que "resulta a todas luces evidente que es la mujer gestante quien en este proceso en particular se encuentra en una mayor situación de vulnerabilidad" (sic) debiendo garantizarse un efectivo acceso a la justicia para la defensa de sus derechos.

En este sentido, resuelve "priorizando en todo momento el interés superior de la mujer gestante" (sic), no aceptar la competencia atribuida y remitir las actuaciones al Juzgado de Familia que corresponda por sorteo del Departamento Judicial de Bahía Blanca donde tiene domicilio aquella.

En este caso, aún en tránsito en la actualidad, puede advertirse con claridad la problemática que insurge en materia de competencia la presentación de pedidos ante la justicia de esta índole. Donde no solo no hay reglas claras que acompañen este tipo de pedidos, sino que, además, no existe claridad aún en los operadores de la justicia acerca de la figura de la gestación por sustitución en sí misma. Pues un entendimiento basto sobre el tema permitiría clarificar el sendero a seguir al momento de tener que resolver conflictos de este tipo.

Sin ahondar en una crítica concreta a las diferentes soluciones brindadas, se pueden rescatar algunos interrogantes que servirán para echar claridad sobre el tema. Entre ellos, ¿se puede afirmar que la competencia es improrrogable? De ser así, ¿qué regla general contenida en el art. 6º del Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial corresponde aplicar? Y, por último, en caso de resultar de aplicación el inc. 12, ¿en interés de quien se promueve la acción? ¿La gestante se encuentra en condición de vulnerabilidad?

III. La perspectiva en materia de derechos humanos que debe guiar toda solución posible

Se debe destacar que incluso en cuestiones de forma debe imperar en todo momento una mirada con clara perspectiva en materia derechos humanos. En la particular cuestión de competencia ello importa garantizar la concreción de los principios de la tutela judicial efectiva, el cual se manifiesta —entre otras cosas— a través de la garantía de acceso a la justicia, y del principio de inmediatez, que supone el contacto directo que debe tener el juez con las personas involucradas, en particular aquella que reúne condiciones de vulnerabilidad (arts. 706 del Cód. Civ. y Com. y 8º y 25 de la CADH y 100 Reglas de Brasilia).

Teniendo ello como norte orientativo, una clara mirada constitucional-convencional permite a los operadores de la justicia aprovechar al máximo las previsiones contenidas en los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. que dotan de elasticidad y flexibilizan el ordenamiento jurídico interno con el objeto de arrimar a

soluciones que respeten el piso mínimo que emerge de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

De este modo, el respeto irrestricto de estos principios contenidos en el Cód. Civ. y Com. en conjunción con el principio de economía y celeridad procesal que gravita entorno a toda decisión que dirima un conflicto de competencia, va a permitir alcanzar una solución adecuada para los supuestos de competencia en casos de gestación por sustitución con pedido de autorización previa, flexibilizando la literalidad contenida en el art. 5° del Cód. Proc. Civ. y Com. y su par provincial.

Bermejo señala que, si fuera menester dictar alguna enmienda o corrección en el derecho positivo local, no se planteará en el ínterin la posibilidad de laguna alguna, por ser directamente aplicable la norma nacional, y que, en la hipótesis de oposición entre el Cód. Civ. y Com. y los Códigos Procesales locales, habrá que estar por la validez de la norma de fondo, no solo por ser posterior, sino por ser de derecho común (19).

No obstante, se considera que ello no sería necesario, existiendo —al menos en el supuesto que aquí se analiza— una adecuación armoniosa entre ambos ordenamientos.

Como ya se dijo, no caben dudas que no resulta de aplicación lo normado por el art. 720 del Cód. Civ. y Com. toda vez que estamos en presencia de un pedido de autorización previo a la implantación del embrión en la persona gestante. Por el contrario, puede afirmarse que, al tratarse de un pedido de autorización judicial, donde las partes involucradas están en un todo de acuerdo, estamos en presencia de un proceso de tinte voluntario, resultando a todas luces de evidente aplicación el art. 5°, inc. 12 del Cód. Proc. Civ. y Com. (o su par provincial, art. 5°, inc. 12, Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As.). Pues no se llega a la jurisdicción con la finalidad de resolver un litigio sino, fundamentalmente, para prevenir que se genere un conflicto en el futuro.

Sin embargo, la literalidad que presenta el art. 5° inc. 12 puede ofrecer diferentes aristas de interpretación. Este dice: "... será juez competente (...) En los procesos voluntarios, el del domicilio de la persona en cuyo interés se promuevan, salvo disposición en contrario".

Como pudo observarse en el caso presentado ante la justicia platense se arribó a la conclusión de que el proceso de autorización previo a la ejecución de la práctica médica conocida como gestación por sustitución se promueve en interés de los comitentes. Pero ¿estamos seguros de que ello es así?

En primer lugar, cabe efectuar la aclaración que la aplicación del art. 716 del Cód. Civ. y Com. que propicia el magistrado, en conjunción con la norma del Código Procesal local, resulta a todas luces infructuosa considerando el contexto normativo y la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico que concluye que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico (20). De manera tal, que difícilmente pueda considerarse su centro de vida actual. Asimismo, también resulta inoficiosa la consideración del centro de vida que pudiera tener el nacido en el futuro, toda vez que dicho concepto en nuestro ordenamiento jurídico interno se encuentra ligado al principio del interés superior del niño (art. 3°, inc. f, ley 26.061); principio que exige ser analizado en concreto y no en abstracto (21), y en el caso en concreto no hay persona en sentido jurídico.

Ahora bien, para poder brindar una respuesta al interrogante presentado que logre armonizar la aplicación de la norma procesal local con el Cód. Civ. y Com., la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, resulta necesario apelar al espíritu que se tuvo en cuenta al momento de prever dicho procedimiento en el Anteproyecto, así como también, el que se tiene en vista en algunos de los proyectos de ley en danza. Pues la práctica procesal que se evidencia en la jurisprudencia (autorización previa) responde directamente a las previsiones contenidas en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, el cual se ha convertido en una fuente doctrinaria por excelencia y ha allanado el camino tanto a los abogados, que sin perjuicio de la falta de regulación han optado como estrategia judicial prioritaria la autorización previa, como también para los jueces, quienes al momento de evaluar la pertinencia —o no— de la autorización constatan el cumplimiento de los requisitos oportunamente contemplados por el Anteproyecto.

De sus fundamentos se desprende que se prevé un proceso judicial con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización, el cual requiere: "a) capacidad de la mujer; b) consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; e) la gestante no ha aportado material genético propio; f) la gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio". Y, además, se destaca que "todos estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa".

Como puede verse, el proceso de autorización previo previsto por el Anteproyecto que marca el norte orientativo a los jueces a la hora de atender estos casos, tiene como eje principal a la persona gestante y no a los comitentes. Tiene la misión de hacer respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas gestantes frente a la posible vulneración de sus derechos.

Asegurar los derechos y garantías de la persona gestante es, justamente, lo que habilita la jurisdicción. Si se reposara la mirada sobre los comitentes, se pondría en tela de juicio la exteriorización de la voluntad procreacional a través del consentimiento informado, circunstancia que forma parte de la intimidad de los protagonistas (art. 19, CN) limitando la intervención jurisdiccional. La única diferencia que encierra la gestación por sustitución de otras TRHA es justamente la existencia de una tercera persona gestante, y es por y para ella que se habilita la jurisdicción.

En suma, la respuesta que mejor satisface los principios de tutela judicial efectiva garantizando el acceso a la justicia de la persona gestante y respetando, a su vez, el principio de inmediación de esta con el juez es aquella que interpreta el art. 5º, inc. 12 de manera sistémica con el ordenamiento jurídico y arriba a la conclusión que resulta ser competente en estos casos el juez del domicilio de la persona gestante, pues el proceso se promueve justamente en su interés.

No puede pasar por alto, tampoco, que estamos en presencia de una práctica médica de ejecución prolongada; es decir, que la gestante asume la obligación de llevar un embarazo a término. En tal sentido, la intervención del juez no se limita únicamente a brindar la autorización, sino que, además, debe intervenir durante el lapso de ejecución, resultando adecuado que la competencia recaiga sobre el juez del domicilio de la gestante.

Resulta oportuno señalar que la solución brindada por el Titular del Juzgado de Familia del Departamento Judicial Zárate-Campana devino justa pero no adecuada, toda vez que se funda en la condición de vulnerabilidad que detenta la gestante (100 Reglas de Brasilia). Este tipo de argumentaciones encierra en el fondo un prejuicio sobre la técnica en sí misma, por lo tanto, peligrosa para lograr la conquista que brega gran parte de la doctrina, a la cual adhiero, tendiente a obtener una ley especial que regule la gestación por sustitución, la cual —muchas veces— es el único método que tienen las familias para concretar su derecho humano a formar una familia.

IV. Palabras de cierre

Los tiempos actuales exigen de los operadores de la justicia una mirada crítica y deconstructiva de las normas de nuestro ordenamiento jurídico interno, que permita arribar a interpretaciones que compatibilicen con las directrices que marca tanto la Constitución como los Tratados Internacionales, brindando soluciones adecuadas a cada caso en concreto.

Esta hermenéutica que aquí se propicia se caracteriza por la elasticidad y flexibilidad con la que deben interpretarse las normas. Esta ha sido la mirada del legislador al momento dar vida a las previsiones contenidas en los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com.

Compatibilizar las normas procedimentales con aquellas de fondo es una difícil tarea, que se espera que el nuevo proyecto del Código Procesal en danza pueda cumplir y estar a la altura que las circunstancias sociales exigen (22).

Sentado ello, siendo que aún la temática acerca de la competencia en materia de gestación por sustitución resulta un terreno inexplorado, frente a la falta de legislación específica, solo resta esperar que la jurisprudencia profundice y genere antecedentes de importancia que sirvan para cimentar las modificaciones legislativas que arriben en el futuro.

(*) Abogado (UNLP). Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (UNLP) y Facultad de Derecho de Buenos Aires (UBA). Secretario del Juzgado de Familia N.º 8 de La Plata.

(1) Para profundizar puede compulsarse: HERRERA, Marisa y otros, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

(2) Cfr. HERRERA, Marisa — LAMM, Eleonora, "Técnicas de reproducción humana asistida" en BERGEL, Salvador D. - FLAHL, Lily R. — HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora - WIERZBA, Sandra (dirs.), Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 398.

(3) Resulta oportuno señalar que únicamente en el supuesto especial de la gestación por sustitución podemos hablar de que el nacido tendrá un derecho a conocer el origen genético y, además, un derecho a conocer el origen biológico; pues este último alude al "bios" —vida— de la persona, teniendo una connotación

mucho más amplia que el primero, quedando incluida la gestación por sustitución, toda vez que la gestante es quien lo gestó y parió, formando parte de su historia. Para ampliar sobre este tema puede verse: VITTOLA, Leonardo R. - MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, "El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, 39, vol. 11, México, enero-junio de 2017, ps. 207-227; VITTOLA, Leonardo R., "Derecho a conocer el origen genético", DPI, Derecho para Innovar. Suplemento: Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos, 25, 20/12/2016. Cita web: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/12/DOCTRINA.pdf>, compulsado el 05/10/2019.

(4) Diferentes voces doctrinarias se han expresado a favor sobre el tema: LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Observatori de Bioètica i Dret, UB 2013; NOTRICA, Federico - CURTI, Patricio J. - COTADO, Francisco, "La figura de la gestación por sustitución", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, 39, vol. 11, México, enero-junio de 2017, ps. 153-171; HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, ob. cit., ps. 398-415; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", LA LEY 23/04/2014, 4 - LA LEY 2014-C, 1, cita online: AR/DOC/1268/2014; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano", DFyP diciembre de 2015; HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", Revista Microjuris del 19/09/2012, MJ-DOC-5971-AR, MJD5971; KRASNOW, Adriana N. - PITASNY, Tatiana, "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", Revista Microjuris del 03/12/2015, MJ-DOC-7539-AR, MJD7539; entre otras. Algunos lo han hecho en contra: BASSET, Ursula, "Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?", LA LEY 2016-C-88, DFyP junio 2016, 06/06/2016, AR/DOC/1311/2016; SAMBRIZZI, Eduardo A., "Una nueva e improcedente sentencia que admite la maternidad subrogada", DFyP diciembre de 2015, 07/12/2015, AR/DOC/4031/2015.

(5) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, 14/04/2010, AR/JUR/75333/2010; Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 29/07/2015, puede verse en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia.no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>, compulsado el 05/10/2019; Juzgado de Familia N.º 1 Mendoza, 15/12/2015, RDF 2016-III, 113; Juzgado de Familia N.º 9 Bariloche, 29/12/2015, AR/JUR/78613/2015; Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, LA LEY 2016-C, 89; Tribunal de Familia N.º 5 de Rosario, 27/05/2016, RDF 2016-IV, 131; Juzgado Nacional Civil N.º 7, 15/06/2016, inédito; Juzgado Civil N.º 4, 30/06/2016, inédito; Juzgado de Familia N.º 2 de Moreno, 04/07/2016, AR/JUR/42506/2016; Juzgado de Familia N.º 3 de General San Martín, 22/08/2016, AR/JUR/108097/2016; Juzgado de Familia N.º 7 Lomas de Zamora, 30/11/2016, AR/JUR/85614/2016; Juzgado de Familia N.º 7 de Viedma, 06/07/2017, AR/JUR/37036/2017; Juzgado de Familia N.º 3 de Córdoba, 22/11/2017, Id SAIJ: FA17160015; Juzgado de Familia N.º 6 de San Isidro, 02/03/2018, inédito; CNCiv., sala H, 15/03/2018, MJ-JU-M-110359-AR, MJJ110359; Juzgado Nacional en lo Civil N.º 87, 03/04/2019, inédito; entre otros.

(6) En dicha oportunidad se argumentó lo siguiente: "La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre 'Relaciones de Familia' que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad-paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma".

(7) Ver los fundamentos del Anteproyecto: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, compulsado el 05/10/2019.

(8) Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

(9) Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Buenos

Aires), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (UCES), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

(10) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, 3ª ed. póstuma, p. 29.

(11) Es menester recordar que esta resulta ser una potestad de las Provincias no delegada en el Gobierno Federal, conforme dimana del art. 121 de la CN. Sin embargo, la regulación que efectúa el Cód. Civ. y Com. no puede ser tildada de inconstitucional en virtud que aporta una garantía mínima común respecto de principios supranacionales reconocidos y plasmados en la propia Constitución, que tiene por fin la máxima satisfacción integral de derechos. En otras palabras, aseguran la forma de impartir justicia.

(12) Para ampliar puede compulsarse: FALCÓN, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., t. X, "El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 607; y GALLO QUINTIAN, Gonzalo J. - QUADRI, Gabriel H., "Procesos de familia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. II ps. 303 y ss.

(13) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, en HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián - CAMELO, Gustavo (dirs.), Código Civil y Comercial comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 576.

(14) Se trata de una directriz que está reconocida como derecho humano en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno a través del art. 706 del Cód. Civ. y Com., resultando un deber indelegable de los jueces quienes deberán remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de las personas a la jurisdicción. Esta se manifiesta a través de la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales sobre el rendimiento del servicio de justicia [cfr. GONZÁLEZ DE VICEL Mariela, en HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián - CAMELO, Gustavo (dirs.), ob. cit., t. II, p. 545). En consonancia con ello, la Corte IDH ha dicho que los arts. 8º y 25 de la Convención también consagran el derecho al acceso a la justicia, norma imperativa del Derecho Internacional ("Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 22/09/2006. Serie C 153, párr. 131).

(15) A modo de ejemplo puede verse: 3765-D-2017, 1374-D-2018. No obstante, existen otros proyectos de ley actualmente que se corren de la idea de judicialización: 5141-D-2017, <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>, compulsado el 06/10/2019.

(16) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ Silvia, "Derecho Filial: perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 568: "... si bien todas las propuestas incluyen requisitos tanto para las gestantes, como para los comitentes y parten de regular únicamente la gestación altruista, ¿cómo controlar que estos requisitos se cumplan si no se dispone una modalidad y/u organismo de control? (...). Sin un organismo que intervenga en el entramado complejo que encierra este tipo de procedimientos sería imposible verificar si la práctica se condice o respeta los derechos humanos de todos los integrantes, en especial, de las mujeres que gestan para terceros".

(17) Juzgado de Familia N.º 2 La Plata, septiembre de 2018, "F., F. M. y otro s/ homologación de convenio", inédito.

(18) Juzgado de Familia N.º 2 del Departamento Judicial Zárate-Campana, 01/07/2019, "F. F. M. y otro s/ homologación", cita online: AR/JUR/27198/2019.

(19) BERMEJO, Patricia, "El proceso de familia frente al Código Civil y Comercial de la Nación", SJA del 08/02/2017, p. 1.

(20) Para ampliar compulsar: DE LA TORRE, Natalia - HERRERA, Marisa - NOTRICA, Federico - VIGO, Fiorella C. - VITTOLA, Leonardo R., "Naturaleza jurídica del embrión no implantado", en HERRERA, Marisa y otros, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ob. cit., ps. 195-300.

(21) Ver observación general N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño.

(22) Puede verse en:
<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Nación-FIN>
compulsado el 07/10/2019.