

Título: La competencia en los casos de gestación por sustitución

Autores: Vittola, Leonardo R. - Notrica, Federico

Publicado en: RDF 2020-II, 03/04/2020, 55

Cita: TR LALEY AR/DOC/432/2020

Sumario: I. La gestación por sustitución en la Argentina.— II. Las reglas en materia de competencia.— III. La obligada perspectiva de derechos humanos.— IV. Para terminar el comentario, para seguir reflexionando.

(\*)

(\*\*)

#### I. La gestación por sustitución en la Argentina

El Código Civil y Comercial —en adelante, "Cód. Civ. y Com."— agregó, dentro el instituto jurídico de la filiación, una nueva causa fuente de la filiación: las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), reconociendo, de esta manera, la gran cantidad de personas que nacen gracias al avance de la ciencia médica.

Esta regulación autónoma posee elementos propios, ya que no podían regirse por las mismas normas que la filiación biológica, porque el/la niño/a no nace de un acto sexual, sino que nace por la voluntad de sus progenitores de tener un/a hijo/a, apoyándose en la ciencia médica.

En el marco de las TRHA, el elemento central para determinar la filiación es la denominada "voluntad procreacional" que se plasma en un consentimiento, con las formalidades y características que estipulan los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. y que, además, al ser las TRHA prácticas médicas, deben cumplir los términos establecidos por el art. 59 del mentado Código y lo requerido por la ley 26.529 (1). Resulta importante esta cuestión, dado que este instrumento genera vínculo filial entre el/la niño/a que nacerá y quien/es lo suscribieron, poniendo en crisis —y de manera positiva— la biologización de las relaciones familiares.

En este sentido, se debe mencionar que, entre las TRHA, aparece la figura de la gestación por sustitución, que es una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra o con una pareja, denominada comitente o requirente, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos (2).

Como punto de partida, se destaca la siguiente cuestión: la GS es una realidad en la que, si se pretende soslayarla, ocasiona que, ante el silencio legal, los más vulnerables sean los principales perjudicados. Por el contrario, una solución legislativa que reconozca, contemple y regule las especificidades que trae consigo la GS puede solucionar los eventuales conflictos que la práctica plantea, teniendo en cuenta la amplitud de la casuística.

Por su parte, existen argumentos a favor y en contra de la figura por parte de la doctrina. Por un lado, los argumentos para decir que sí a la gestación por sustitución residen en la mirada constitucional —convencional de las familias (3), el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la salud y a la salud sexual y (no) reproductiva (4) y la utilización de los avances de la ciencia para sus propios beneficios, el interés superior de los/las niños/as (5) y a que sean criados/as por sus progenitores; el derecho a la identidad (6), la voluntad procreacional (7), entre otros.

A contrario de ello, quienes se posicionan a favor de la prohibición de la figura se basan en el "valor" de la etapa prenatal, sostienen que la GS es un contrato de naturaleza inmoral (8), en la comercialización, cosificación y explotación del cuerpo de las mujeres gestantes y la premisa del principio romano mater semper certa est que se vería corrido por esta figura (9).

Por otro lado, cabe estacar que, si se analiza el derecho comparado, allí se reconocen tres posiciones frente a la GS: algunos Estados regulan, otros prohíben y existe un gran conjunto de países que nada dicen, es decir, toman una posición de abstención o simplemente silencian la cuestión en sus ordenamientos jurídicos (10).

Sin duda, resulta más beneficioso contar con una normativa al respecto con pautas claras, previamente fijadas, que brinde seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los/as niños/as nacidos/as de su utilización.

Ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deben ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición (11).

No se puede pasar por alto que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en el Congreso de la Nación —que diera origen al Código Civil y Comercial hoy en vigencia— había querido regular la figura a través del siguiente texto normativo: "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 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".

Ante la quita del proyecto de este artículo, por un lado, se han planteado —principalmente a partir de 2017— varios proyectos de ley, algunos que perdieron estado parlamentario y otros que se encuentran a la espera de ser tratados, todos con una regulación que admiten la figura [\(12\)](#).

Por otro, los tribunales a lo largo y ancho del país han tenido que resolver conflictos suscitados en virtud de distintos procedimientos de GS. Como dice la Dra. Marisa Herrera: "la fuerza de la realidad nos pone en jaque": hay 47 pronunciamientos jurisprudenciales, de los cuales dos no tienen sentencia firme, pero todos los restantes fueron resueltos de manera favorable al reconocimiento filial entre el/la niño/a que nació o nacería y los/as requirentes —o comitentes— y que no son hijos/as de la persona gestante.

Ahora bien, más allá de todas las cuestiones sobre el posicionamiento que adoptan la doctrina y la jurisprudencia, las regulaciones permisivas o prohibitivas en el derecho comparado, las discusiones de fondo respecto de la figura de la GS, desde todas las disciplinas, cabe preguntarse: ¿qué ocurre cuando los progenitores y la gestante residen en diferentes lugares? ¿Influye el lugar en donde se llevará adelante el procedimiento médico? ¿Y si al momento de iniciar un trámite judicial el/la niño/a ya nació? Es decir, ¿cuál va a ser el juez competente en razón del territorio? Es este el camino que se transitará en el presente trabajo.

## II. Las reglas en materia de competencia

### II.1. Algunas cuestiones preliminares

Más allá de las diferentes estrategias procesales que se vislumbran en la praxis judicial argentina en torno a la gestación por sustitución (impugnaciones de maternidad, autorizaciones judiciales previas a la transferencia embrionaria, inscripciones de nacimiento o acciones declarativas 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" [\(13\)](#).

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 art. 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 él 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 (14).

En lo que respecta a las acciones de filiación, la competencia está regulada en el art. 5º, inc. 3º, del Código Procesal Civil y Comercial 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.) (15).

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, cuestionable 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 (16).

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

Para poder responder esta pregunta se debe analizar por separado cada una de las estrategias jurídicas evidenciadas en la jurisprudencia, toda vez que no serán lo mismo aquellos supuestos en donde la práctica ya se llevó a cabo que aquellos que persiguen una autorización previa a la transferencia embrionaria.

## II.2. La particular situación que encierra la gestación por sustitución

Como ya se dijo, se deben 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 (17). 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 Cód. Civ. y Com. como diferentes proyectos de ley (18) 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 (19). 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. 5º 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. El caso a analizar: La contienda negativa de competencia entre La Plata y Campana... ¿y Bahía Blanca?

En el caso que nos toca analizar, se debe comenzar con el análisis del primer juzgado que tomó contacto con el caso: el del Juzgado de Familia N° 2 de La Plata [\(20\)](#).

En este 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 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.

Arribadas las actuaciones, al Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial Zárate-Campana [\(21\)](#), allí se 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 2, 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", 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. 5° 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 quién se promueve la acción? ¿La gestante se encuentra en condiciones de vulnerabilidad?

### III. La obligada perspectiva de derechos humanos

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 intermediación, que supone el contacto directo que debe tener el juez con las personas involucradas, en particular aquella que reúne condiciones de vulnerabilidad (art. 706 del Cód. Civ. y Com. y arts. 8° 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. 1°, 2° y 3° del Cód. Civ. y Com. que dotan de elasticidad y flexibilizan el ordenamiento jurídico interno con el objeto de armar 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 gravitan en torno 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 (22).

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 de 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. Él 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 de 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 (23), 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 (24), 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, como así 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 por 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 los fundamentos de este 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 de 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 encierran en el fondo un prejuicio sobre la técnica en sí misma, por lo tanto, peligrosa para lograr la conquista por la que brega gran parte de la doctrina, a la cual adherimos, 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. Para terminar el comentario, para seguir reflexionando

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 marcan 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 la 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 (25).

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 Universidad de La Plata (UNLP) y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Secretario del Juzgado de Familia N° 8 de La Plata.

(\*\*) Abogado (UBA). Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Docente de "Familia y Sucesiones" de la Facultad de Derecho de UBA, de la Universidad Nacional de Avellaneda. Auxiliar letrado de la sala 3ª de la Excma. Primera Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

(1) GUZMÁN ÁVALOS, A. - VALDÉS MARTÍNEZ, M. C., "Voluntad procreacional", Oñati Sociolegal Series (online), 7 [1], 2017, ps. 75-96, disponible en [www.ssrn.com/abstract=2922064](http://www.ssrn.com/abstract=2922064).

(2) LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Ed. Observatori de Bioètica i Dret, UB, p. 15.

(3) Compulsar: FAMÁ, María Victoria, "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", fallo comentado, CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, 19/05/2009, "B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación", LA LEY del 18/06/2009, p. 2; DEL MAZO, Gabriel, "La protección de la vida familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. caso 'Artavia Murillo y otros - Fecundación in vitro c. Costa Rica')", DFyP (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 46; TRUCCO, Marcelo F., "Derecho a la protección de la familia, identidad e interés superior del niño en una nueva sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", RCyS 2012-VIII-259; MUÑIZ, Javier, "El concepto de familia en el derecho comparado", en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015; HERRERA, M. - LAMM, E., "Técnicas de reproducción humana asistida", en BERGEL, Salvador D. y otros, Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 310.

(4) Consultar: KRASNOW, Adriana N., "Una pareja de lesbianas accede a la cobertura de un tratamiento de procreación asistida por decisión de la justicia", DFyP (enero-febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 255; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 22, "The right to sexual and reproductive health —article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights—", disponible en [www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC\\_Derechos-sexuales-y-Reprodu](http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC_Derechos-sexuales-y-Reprodu) consultada el 16/09/2016.

(5) Consultar: GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY 1993-B-1095; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY del 10/09/2012, p. 1; 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" (comentario a fallo: Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno "D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado" 06/02/2014), LA LEY del 23/04/2014, p. 4; LA LEY 2014-C-1, cita online: AR/DOC/1268/2014.

(6) Ver: DE LORENZI, Mariana, "El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 1081; ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Victoria (28/9 a 02/10/1987), en Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 43.

(7) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", comentario a fallo JNCiv. N° 86, 18/06/2013. "N.N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", Microjuris

MJ-DOC-6401-AR | MJD6401; NOTRICA, Federico - CURTI, Patricio - COTADO, Francisco, "La figura de la gestación por sustitución", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Ed. Nueva Época, vol. 11, nro. 39, enero-junio de 2017, ps. 9-23; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 13; RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I., "La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 68-121.

(8) Entre otros, se puede citar a: IÑIGO, Delia B. - WAGMAISTER, Adriana - LEVY, Lea M., "Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)", LA LEY 1991-B-1135; BOSSERT, Gustavo A., "Fecundación asistida", JA 1988-IV-875; RIVERA, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, 4ª ed. actual., t. I, ps. 414 y ss.; SAMBRIZZI, Eduardo A., "La filiación en la procreación asistida", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2004, ps. 157 y ss.; del mismo autor, "Maternidad subrogada. Reforma proyectada", DFyP, año 4, nro. 1, enero/febrero de 2012, ps. 24 y ss.; del mismo autor, "Apuntes sobre la filiación en el Proyecto", DFyP, año 4, nro. 6, julio de 2012, ps. 129 y ss.; BASSET, Ursula, "El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", LA LEY del 14/07/2015; AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP, año 4, nro. 6, julio de 2012, ps. 116-117; del mismo autor, "Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación", RDF 64-127; LAFFERRIERE, Jorge N., "La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina", de fecha 13/02/2017, en [www.centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/](http://www.centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/), compulsado el 26/02/2017.

(9) PUCHETA, Leonardo, "Legitimación judicial de un alquiler de vientre", [www.centrodebioetica.org/2013/06/legitimacion-judicial-de-un-alquiler-de-vientre/](http://www.centrodebioetica.org/2013/06/legitimacion-judicial-de-un-alquiler-de-vientre/), compulsado el 01/03/2017; ALES URÍA, Mercedes, "La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación", DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, p. 243, cita online: AR/DOC/946/2017.

(10) Esta disyuntiva fue planteada hace tiempo durante el debate del entonces Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación. En HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", Revista Microjuris, 19/09/2012, cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.

(11) Conforme a los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino (año 2012), en línea: [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf) (compulsa realizada el 17/08/2019).

(12) Se ha presentado el 14/06/2017 un proyecto para modificar algunos artículos del Código Civil y Comercial, relacionados a las TRHA, firmado por el diputado Lipovetzky. Seguidamente, el 10/07/2017, la diputada Carla Carrizo desplegó otro para regular la GS mediante el dictado de una ley especial. En orden cronológico, la diputada Olga María Rista también presentó su propuesta de regulación el 26/09/2017. El 01/03/2018, la diputada Analía Rach Quiroga hizo un nuevo proyecto —ya había presentado uno que perdió estado parlamentario— planteando, al igual que el primero mencionado, una reforma al texto del Código Civil y Comercial de la Nación. El 09/03/2018, la diputada Araceli Ferreyra fue la primera firmante de otro proyecto que propende regular lo que da en llamar la "gestación solidaria". Finalmente, en el ámbito de la Cámara Alta, el senador Julio Cobos acompañó el suyo, elaborado con fecha 27/03/2018.

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

(14) 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 de 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.

(15) 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.

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

(17) 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. Ella 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 - CARAMELO, Gustavo (dirs.), ob. cit., 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 c. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22/09/2006, Serie C, nro. 153, párr. 131).

(18) 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, [www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY](http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY), compulsado el 06/10/2019.

(19) 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".

(20) JFamilia Nº 2, La Plata, septiembre de 2018, "F., F. M. y otro s/ homologación de convenio", inédito.

(21) JFamilia Nº 2, Zárate-Campana, 01/07/2019, "F. F. M. y otro s/ homologación", inédito.

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

(23) Para ampliar, compulsar: DE LA TORRE, Natalia - HERRERA, Marisa - NOTRICA, Federico - VIGO, Fiorella C. - VÍTTOLA, Leonardo R., "Naturaleza jurídica del embrión no implantado", en HERRERA, Marisa (dir.), Técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 195-300.

(24) Ver observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño.

(25) Puede verse en [www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Nación-FINAL-26](http://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Nación-FINAL-26) compulsado el 07/10/2019.