

Voces: AMPARO - FILIACIÓN - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - MATERNIDAD SUBROGADA - CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Partes: Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires | Incidente de familia

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: E

Fecha: 30-oct-2024

Cita: MJ-JU-M-154022-AR | MJJ154022

Producto: MJ

El poder judicial no puede crear una norma de carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución.

Sumario:

- 1.-El reconocimiento del derecho invocado -a formar una familia- debe ser reclamado mediante el ejercicio de una acción individual con la adecuada participación de todos los interesados, atendiendo a las particularidades de cada caso y ponderando los derechos fundamentales en juego sin articulaciones dogmáticas.
- 2.-Mientras el Poder Legislativo no dicte una norma de alcance general que regule la cuestión de la gestación solidaria o por sustitución, se encuentra plenamente justificado que los interesados promuevan la acción individual correspondiente en resguardo de sus derechos.
- 3.-Las particularidades de la cuestión planteada en el marco de la gestación por sustitución justifican plenamente que, mientras no exista una solución legal definitiva, los interesados recurran a la acción individual que es la única forma de atender adecuadamente a todos los intereses en juego.
- 4.-La pretensión esgrimida por los actores, consistente en la creación de una 'norma judicial' de alcance general en el marco de la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución, se enfrenta con lo previsto el inc. 12 del art. 75 de la CN.

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

I. Por la sentencia dictada el 3 de junio de 2024, la Sra. Jueza de grado rechazó la acción de amparo promovida por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (FALGBT) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En esa resolución, la Sra. Magistrada de la anterior instancia destacó que la parte actora pretende la creación de una norma legal particular con alcance para todas las personas involucradas en situaciones similares a las descritas en la demanda, aunque no hayan sido parte del proceso judicial.

Puntualizó que en autos se ha solicitado se deje sin efecto una ley vigente, relativa a los nacimientos de niños por medio de las prácticas denominadas "gestación solidaria", específicamente la contenida en la primera parte del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, indicó que la petición se orienta a que en supuestos de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida -denominados "gestación por sustitución"- no se establezca relación de filiación con la madre gestante, sino que el vínculo jurídico filiatorio se establezca con quienes prestaron su voluntad procreacional.

Al mismo tiempo, con arreglo a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, destacó que no es función del Poder Judicial crear normas legales, ni establecer relaciones jurídicas que modifican aquellas que fueron previstas por el legislador. Indicó que el control judicial de constitucionalidad no autoriza al Poder Judicial a sustituir a los otros poderes del Gobierno en su función, ni a intervenir en cuestiones ajenas a la jurisdicción que por ley tienen conferida (cfr. art. 116 de la Constitución Nacional).

Refirió que no pueden decidirse cuestiones abstractas de derecho pues, de esa forma, el Poder Judicial vendría a quedar por arriba del Legislativo con la facultad de anular toda ley. En este sentido, aclaró que no le corresponde al Poder Judicial la función que la Constitución Nacional tiene reservada para aquél otro Poder del Estado que se encuentra facultado para sancionar normas generales obligatorias.

Desde otro punto de vista, analizó el artículo 562 del Código Civil y Comercial que regla el acto jurídico de emplazamiento materno-filial e hizo notar que los emplazamientos de estado de familia que no se encuentran expresamente contemplados en el derecho positivo vigente requieren de la acción de estado por la necesidad de control que ejerce la jurisdicción.

Indicó que, en el caso en estudio, la ley establece un modo específico de emplazamiento que tutela en forma integral los derechos fundamentales de la persona incapaz y vulnerable involucrada, es decir, la persona no nacida, o la persona menor de edad nacida.

Refirió que el artículo 562 del Código Civil y Comercial reglamenta el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aludió al principio de igualdad y la protección de las personas vulnerables, en particular a la persona no nacida y a los recién nacidos. Indicó que, de corresponder, para la garantía de su interés superior, una modificación en su estado de familia debe efectuarse mediante el ejercicio eficaz de los procedimientos que la ley establece.

Enfatizó que, en el supuesto traído a resolución, la solución jurídica se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, precisamente determinada y definida, mediante la que se le otorga prevalencia a los intereses fundamentales de la persona involucrada en las situaciones descriptas, que es la que se encuentra en la posición de mayor vulnerabilidad con relación a los otros sujetos que conforman la situación, la persona por nacer. La distinción que en el supuesto efectúa la ley, tiene la exclusiva finalidad de garantizarle y otorgarle el pleno goce de sus derechos fundamentales, irrevocablemente adquiridos desde la concepción -cfr.19 Código Civil y Comercial de la Nación-.

Asimismo, rechazó homologar el acuerdo al que arribaron el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la parte actora.

II. La parte actora apeló la sentencia y expresó sus agravios en el escrito presentado el 10 de junio de 2024.

Allí, en primer término, aduce que la resolución en crisis causa un gravamen irreparable directo a las más de 151 familias cuyos hijos fueron inscriptos a partir de esta medida cautelar y se queja por la decisión de dejar sin efecto la medida cautelar ordenada el 4 de julio de 2017 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. A este particular aspecto del caso se hace referencia a lo largo de todo el memorial, donde se aduce, entre otras cosas, que la resolución apelada afecta los derechos adquiridos de los 151 niños inscriptos durante la vigencia de la cautelar.

Luego, critica la interpretación que la Sra. Jueza de grado efectúa con relación al derecho a la igualdad. Dice que esta debe ser entendida de una forma que respete la autonomía de voluntad de la persona que dio a luz quien expresó previamente, de manera libre e informada, que no tiene voluntad procreacional.

Aduce que en la resolución recurrida se efectúa una interpretación equivocada del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cuestiona que se haya considerado que estas actuaciones resultan abstractas por no existir caso. Refiere que la forma de decidir desconoce la existencia de un colectivo vulnerado con intereses homogéneos y puntualiza que "este colectivo es el de "niños/as nacidos/as por Gestación Solidaria", cuya falta de inscripción requería inmediato remedio judicial".

Dice que la Sra. Jueza de grado se contradice con lo decidido en las actuaciones principales donde se consideró que en autos concurre el tercero de los supuestos contemplados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Halabi". Señala que la resolución recurrida desconoce al sujeto colectivo actor cuando, previamente, se lo consideró habilitado para tramitar la acción colectiva.

Se queja por la falta de dictamen previo del Ministerio Público de la Defensa en resguardo de los derechos de las "infancias" y "niñeces" involucradas.

Asimismo, indica que la sentencia recurrida suprime a la persona gestante al negarle voluntad procreacional. Argumenta que su parte no pretende la creación de una norma legal, sino una "norma judicial". En este sentido, refiere que requiere el dictado de una sentencia que resuelva la contradicción normativa que plantea entre ciertos preceptos constitucionales y convencionales y un artículo del Código Civil y Comercial.

Señala que la acción colectiva promovida buscó que ordene "al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que inscriba a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por él/la, los/as comitente/s con voluntad procreacional, SIN emplazar como progenitor/a a la persona gestante SIN voluntad procreacional, y declarar la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas pertenecientes a dicho universo colectivo".

Indica que desde la presentación inicial requiere a la judicatura que emita un pronunciamiento referido al ámbito registral y que en ningún momento se solicitó a la justicia "crear un tipo de filiación no reconocido por el Estado Nacional". Afirma que no se petitionó que se legisle en materia de derechos filiatorios.

Dice que la registración no crea una relación jurídica, sino que la refleja. En todo caso, lo que genera la filiación es la voluntad procreacional que es la fuente de la filiación en toda técnica de reproducción humana asistida.

Con relación a la inexistencia de caso, puntualiza que la afectación actual y concreta se configura en cabeza de más de 151 niños/as y sus familias y los inminentes nacimientos y embarazos en curso.

Sostiene que el artículo 562 del Código Civil y Comercial resulta contradictorio en la forma en que delimita la voluntad procreacional. Sobre el punto, alude que la persona que "da a luz" puede no tener voluntad procreacional.

Destaca que la decisión de gestar o no gestar, y de gestar para otro depende de la voluntad y que ésta no puede ser limitada con arreglo a un concepto restringido de familia. Sobre el punto, indica que en la sentencia recurrida se trata de maliciosa la voluntad procreacional de los/las comitentes y acalla con tabúes de la Sra.

Jueza de grado la actitud genuina de la persona gestante sin voluntad procreacional, obligándole a ser "madre" por el simple hecho de haber parido ese niño/a.

Por otra parte, sostiene que la Sra. Jueza de grado esgrimió argumentos falsos al referir parcialmente considerandos aislados de la resolución oportunamente dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, considera que la sentencia apelada no respeta el interés superior del niño, que carece de perspectiva de diversidad y que veda el acceso a la justicia a grupos vulnerados.

Hace puntual alusión a la decisión de la Sra. Jueza de grado de remitir los antecedentes del caso a la Justicia Penal afirmando que se trata de un acto cruel y manifiestamente discriminatorio.

También se agravia por cuanto no se homologó el acuerdo celebrado en autos ya que, según aduce, implica una visión del orden público discriminatoria que excluye a las familias que optan por la gestación solidaria. Pide que se homologue el convenio o, en subsidio, que se convoque a una mesa de trabajo a los fines de coordinar un procedimiento para los casos que integran el universo colectivo de autos con el objetivo de garantizar el respeto a los derechos

fundamentales de todas las partes involucradas.

III. La Sra. Defensora de Menores dictaminó el 21 de septiembre de 2024 a favor de la confirmación de la sentencia recurrida.

IV. El Sr. Fiscal de Cámara se expidió el 4 de octubre de 2024 opinando que debe confirmarse la sentencia.

V. En primer término, es preciso poner de manifiesto que la cuestión suscitada en torno a la situación de los niños y niñas inscriptos durante la vigencia de la medida cautelar ha sido objeto de la resolución dictada por el Tribunal el 12 de julio de 2024, que fue consentida por la ahora recurrente.

Asimismo, cabe hacer notar que el reproche atinente a la falta de intervención de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de primera instancia en forma previa al dictado de la sentencia ha perdido actualidad ya que, con la intervención de la Defensora General ante la Cámara, quedó salvada la cuestión.

VI. En su memorial, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (FALGBT) ha indicado concretamente que las presentes actuaciones han sido promovidas para que se cree una norma judicial que remedie la situación del colectivo de personas que recurren a la técnica de reproducción humana asistida conocida como gestación por sustitución o gestación solidaria.

En la demanda, se encuentra precisada la norma judicial que se pretende en los siguientes términos: "deberá ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que inscriba a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por él/la, los/as comitentes con voluntad procreacional, SIN emplazar como progenitor/a a la persona gestante SIN voluntad procreacional, y declarar la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas pertenecientes a dicho universo colectivo".

El pedido formulado, va acompañado del planteo de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en la medida en que establece que "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz".

La parte actora, empleando las categorías del caso "Halabi" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 332 :111), encuadró la acción promovida como una demanda colectiva en resguardo de los intereses homogéneos de las parejas del mismo sexo que desean conformar una familia con comaternidad o copaternidad.

Frente a la petición esgrimida en esos términos, es preciso destacar que, en el considerando décimo tercero de ese precedente, la Corte Federal puntualizó que la procedencia de una acción colectiva en resguardo de intereses homogéneos se encuentra condicionada a "la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado".

La vigencia de ese recaudo fue destacada por la Corte Suprema en diversos precedentes posteriores al caso "Halabi" (Fallos, 336:1236; 338:29), el más reciente de noviembre de 2023 (autos " Asociación Comunitaria La Matanza c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ daños y

perjuicios", del 2/11/2023, en Fallos, 346:1257).

A juicio del Tribunal, existen razones para sostener que el reconocimiento del derecho invocado debe ser reclamado mediante el ejercicio de una acción individual con la adecuada participación de todos los interesados, atendiendo a las particularidades de cada caso y ponderando los derechos fundamentales en juego sin articulaciones dogmáticas.

No todos los casos de gestación por sustitución son iguales. Por el contrario, pueden ser tan diferentes que no es plausible descartar supuestos hipotéticos en los que el procedimiento resulte contrario a los valores aceptados por nuestro ordenamiento jurídico (v., por ejemplo, los considerandos tercero y cuarto de la sentencia 277/2022, dictada por el Tribunal Superior Español el 31 de marzo de 2022).

Las diferencias entre los casos se encuentran plasmada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en el precedente "Paradiso y Campanelli c/ Italia" (del 24/1/2017), adoptó una decisión diversa a la de sus propios antecedentes en la materia (Ver Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm y De la Torre, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia"", LL 2017-B,27).

Si bien en nuestro sistema no existe una ley que regule la gestación por sustitución -solidaria o subrogada, como también se la denomina-, la consulta de los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema pone de manifiesto que se trata de una práctica que se viene llevando a cabo en nuestro país y que los tribunales, caso a caso, han sabido encauzar según los elementos relevantes en cada situación.

Al mismo tiempo, el planteo de la cuestión por la acción individual resulta consistente con los distintos proyectos legislativos que buscaron regular la cuestión de una forma integral con el objeto de atender adecuadamente la situación del niño, de los progenitores de intención que expresan su voluntad procreacional y de la gestante que expresa su voluntad de no ser madre.

En primer término, es preciso citar el texto del artículo 562 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que luego fue sustituido en forma radical por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial.

La norma del Anteproyecto preveía que la filiación en casos de gestación por sustitución solo quedaba establecida cuando el consentimiento de los intervinientes era homologado por la autoridad judicial que, para eso, debía comprobar la concurrencia de los siguientes recaudos: "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".

Una solución análoga se prevé en el artículo 3 del proyecto de ley presentado por la senadora Fernández Sagasti que busca incorporar el artículo 562 ter al Código Civil y Comercial según el siguiente texto "Autorización judicial. Requisitos. La autoridad judicial autorizará el procedimiento de gestación por sustitución si: a) se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes de conformidad con lo previsto por este

Código y las disposiciones especiales; b) se ha tenido en miras el interés superior de la persona que pueda nacer; c) la persona gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; d) la persona gestante y la persona o pareja de requirentes son de nacionalidad argentina o naturalizadas, o tienen cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país; e) la persona requirente o al menos una de ellas posee imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; f) la persona gestante no ha aportado sus gametos; g) la persona gestante no ha recibido retribución; h) la persona gestante posee lazos afectivos con la o las personas requirentes; i) la persona gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; j) la persona gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo o hija propio.

La autoridad judicial competente debe sustanciar y decidir la solicitud de autorización por el procedimiento más breve que prevea la ley local."

En sentido semejante, el proyecto presentado por la senadora Laura Gisela Montero también establece los diversos recaudos que deben verificarse y, en su artículo 6, prevé que "Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines".

El proyecto de ley presentado del senador Julio Cobos, que consta de 30 de artículos, propone una profunda regulación del tema, estableciendo los diversos recaudos que deben observar los intervinientes en el procedimiento. Su artículo 10 prevé "Requisitos de la gestante. La persona que actúa como gestante en un procedimiento de "gestación por sustitución" debe reunir los siguientes requisitos: a) No aportar sus gametos; b) Tener un buen estado de salud física y psíquica, conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación; c) Estar inscripta en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; d) Haber dado a luz y tener, al menos, UN (1) hijo propio; e) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces; f) Tener hasta 40 años de edad.". Al mismo tiempo, el artículo 11 establece "Requisitos de los padres procreacionales. Pueden ser "padres procreacionales" una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla los siguientes requisitos: a) Tener imposibilidad de gestar y/ o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud, o la salud del niño por nacer; o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual; b) Deben aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos".

Por otro lado, los proyectos de ley presentados por distintos diputados de la Nación son semejantes a los aludidos precedentemente en cuanto al requerimiento de ciertos recaudos que deben cumplir los progenitores y la gestante. Si bien no en todos los supuestos se requiere la autorización judicial para recurrir al procedimiento de la gestación por sustitución, en ninguno de ellos es suficiente la sola declaración de voluntad de los intervinientes pues, en todos los casos, se prevén los recaudos que se deben cumplir.

En el proyecto presentado por la diputada Laura Massetani se requiere autorización judicial y se prevé el cumplimiento de múltiples requisitos por parte de la gestante y los comitentes. Asimismo, el convenio entre los particip antes se encuentra sujeto a estrictas formalidades que deben observares bajo pena de nulidad.

Lo mismo ocurre en el proyecto presentado por Gabriela Estévez, Cecilia Moreau, Cristina Álvarez Rodríguez, Mónica Macha, Jimena López, Carolina Gaillard, Marisa Uceda, María Brawer, Lucila Masín y María Liliana Schwindt, en el proyecto presentado por Marcelo Germán

Wechsler, Sergio Javier Wisky y en el proyecto firmado por Luana Volnovich. En los tres casos se requiere autorización judicial y el cumplimiento de ciertos recaudos por la gestante y los comitentes.

Los textos del proyecto firmado por Analía Rach Quiroga, Verónica Mercado, María Cristina Álvarez Rodríguez, Guillermo Carmona, Daniel Filmus, Agustín Rossi y Mayra Mendoza son semejantes a los referidos en el párrafo anterior. Este proyecto se destaca por no ser una ley especial, sino por incorporar la gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial.

En el proyecto presentado por la diputada Araceli Ferreyra y por el diputado Leonardo Grosso no se requiere la autorización judicial. Sin embargo, la gestante debe: "a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de Gestación Solidaria. b. Poseer plena capacidad. c. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimite la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada, previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta. d. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre. e. No padecer de un consumo problemático de alcohol, tabaco u otras drogas, ni enfermedades o infecciones susceptibles de ser transmitidas al feto durante el embarazo o el parto. f. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la ". A su vez, se establecen Gestación Solidaria.recaudos puntuales para donar gametos.

Los diputados Grosso y Ferreyra también presentaron otro proyecto semejante junto con Silvia Home, Remo Carlotto y Lucila De Ponti.

Por su parte, el proyecto firmado por el diputado Daniel Lipovetzky (que es el que menores regulaciones prevé) difiere la determinación de los requisitos que debe cumplir el consentimiento de la siguiente forma: "La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales ". Quiere decir que, aún en este proyecto -que es el que mayor espacio parece dejar a los intervinientes-, se considera que no todo consentimiento es apto para acceder a la gestación por sustitución.

Luego de la compulsa de los diversos proyectos referidos se puede llegar a una conclusión certera: no basta la mera expresión de la voluntad de los intervinientes para habilitar la gestación por sustitución.

De tal forma bien cabe entender, como lo sostuvo el Dr. Fernando Racimo en un antecedente de esta Sala, que "el ejercicio irrestricto de la autonomía de la voluntad requiere, incluso dentro de la consideración del ordenamiento interno, la consideración y la ponderación de pautas vinculadas tanto con las personas denominadas como comitentes como con la persona designada como gestante a la vez que principalmente la del niño que habrá de nacer mediante este tipo de manifestaciones en torno a la cuestión de la " (CNCivil Sala "E", expediente voluntad procreacional nº 86767/15, resolución del 30/10/2018; el aserto del Dr. Racimo es consistente con lo decidido por la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado caso "Campanelli y Paradiso c/ Italia ").

En ese precedente, el Dr. Racimo también destacó que " una cosa es que se presente una laguna legal (o eventualmente axiológica) y otra, muy distinta, es que ese vacío pueda ser cerrado exclusivamente por una decisión de las "partes intervinientes"".

Como han reflexionado Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm y Marisa Herrera, la gestación por sustitución conlleva muchos cuestionamiento: "¿Presta la gestante un consentimiento verdaderamente informado?; ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño?; ¿Cuál es el grado de estrés en la pareja comitente?; ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño?; ¿Qué crisis de identidad puede producirse?; ¿Habrá un deseo del niño de conocer a quien fuera la gestante?; ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la mujer gestante?; ¿La compensación conduce necesariamente a la explotación de las mujeres?; ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad?; ¿Corresponde informar al niño que su existencia ha tenido origen en un proceso de gestación por sustitución?; ¿Qué tipo de registros se deben llevar?; ¿Tiene el niño nacido acceso a la información? ¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; de optarse por la legalización con fines altruistas, ¿qué cuantía aproximada debe considerarse "compensación razonable" a percibir por la mujer gestante por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto?; ¿debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la pareja comitente y la gestante?; ¿deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución, es decir, aquella en que la gestante sólo gesta, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada plena, en la que además de gestar, la gestante aporta sus óvulos?; ¿cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente?; ¿a favor de quién debe determinarse la filiación del nacido en tales circunstancias?; ¿debe permitirse sólo a las parejas infértiles o también a las parejas e individuos que padecen la conocida como "infertilidad estructural", como los hombres solos o " ("Ampliando el campo del derecho las parejas gays? filial en el derecho argentino (1) Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", Revista Derecho Privado. Año I Nro.

1. Ediciones Infojus, p. 3).

Las autoras citadas, luego de analizar el tema en profundidad, han defendido la solución prevista por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial donde, como se expuso, el recurso a la gestación por sustitución se encontraba sujeto a autorización judicial y a una estricta regulación de las condiciones que debe reunir el consentimiento de los intervinientes.

Entonces, como se anticipó, las particularidades de la cuestión planteada justifican plenamente que, mientras no exista una solución legal definitiva, los interesados recurran a la acción individual que es la única forma de atender adecuadamente a todos los intereses en juego. Esto, como se puso de manifiesto, es consistente con el texto previsto originariamente por los autores del Anteproyecto de Código civil y Comercial y por otros proyectos legislativos donde el procedimiento de la gestación por sustitución se encuentra condicionado a la autorización judicial.

Desde otro punto de vista, se advierte que la pretensión esgrimida por los actores, consistente en la creación de una "norma judicial" de alcance general, se enfrenta con lo previsto el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

A la vez que la pretensión esgrimida es de una amplitud tan grande que desatiende por completo las particularidades de cada caso y, eventualmente, puede dar lugar a situaciones disvaliosas.

Es así como, por las razones expuestas, se concluye que mientras el Poder Legislativo no

dicte una norma de alcance general que regule la cuestión de la gestación solidaria o por sustitución, se encuentra plenamente justificado que los interesados promuevan la acción individual correspondiente en resguardo de sus derechos.

Por tanto, por los fundamentos aquí expresados, se confirmará la resolución dictada el 3 de junio de 2024.

VII. Con relación a las quejas vertidas respecto de la denegación de la homologación pretendida, corresponde señalar que el conflicto planteado versa sobre una cuestión de orden público cuya regulación normativa corresponde en primer término al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional).

Por eso, como el acuerdo celebrado el 5 de abril de 2022 (donde se acordó que las resoluciones DI-103-2017-DGRC y N° 122/DGRC/20 -dictadas con motivo de la cautelar dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad- adquieran carácter "erga omnes" y las inscripciones resulten definitivas) versa sobre una cuestión que no es disponible para las intervinientes, no cabe disponer su homologación.

No se pasa por alto que los accionantes han aducido que en estas actuaciones sólo se plantea una cuestión relativa a lo registral.

Sin embargo, al respecto, es preciso hacer notar -como lo hizo el Dr. Racimo con cita de la Dra. Conde- que la cuestión en debate no se trata "de un mero problema registral, pues primero debe determinarse si se aplica en el caso la pauta general del art. 562 Cod. Civ. y Com. de la Nación (.) y eso no puede realizarse en sede administrativa sino que debe actuar un juez competente en cuestiones de familia. Y el consentimiento de todas las partes involucradas (padres y "madre sustituta") tampoco permite eludir la intervención judicial o reducirla a un mero "trámite registral", pues en todo lo relativo a la filiación se encuentran involucradas normas de orden público (indisponibles para las partes) y deben extremarse los recaudos para resguardar la verdadera identidad de los menores" (CNCivil, Sala E, fallo citado).

En definitiva, por las razones expuestas, de acuerdo con lo previsto por los artículos 307 del Código Procesal y 1644 del Código Civil y Comercial, la sentencia recurrida también será confirmada en lo relativo a la cuestión considerada en el presente apartado.

VIII. Sin perjuicio de lo expuesto, en función de lo ya decidido por el Tribunal en la resolución dictada el 12 de julio de 2024, se revocará la providencia dictada el 6 de mayo de 2024 donde se ordenó poner en conocimiento de la Dirección General de Migraciones "que las inscripciones provisorias de nacimientos en los términos de las medidas cautelares no son suficientes para habilitar la salida del país de los niños así inscriptos".

No se pasa por alto la noticia periodística aludida por la Sra. Jueza de grado (publicada en el sitio de internet www.eldiarioar.com y titulada "Por el vacío legal y el tipo de cambio favorable, la Argentina ya es destino para la "maternidad subrogada").

No obstante, por los fundamentos expuestos en la resolución dictada el 12 de julio de 2024, ese extremo no es suficiente para limitar el ejercicio de los derechos de los niños y niñas cuyo nacimiento fue inscripto en vigencia de la medida cautelar dictada por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, ni para extender un manto de

sospecha sobre todos los nacimientos registrados en esas condiciones.

Por los argumentos aquí vertidos, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y por el Sr. Fiscal de Cámara, SE RESUELVE: Confirmar la resolución dictada el 3 de junio de 2024 con el alcance indicado y revocar la providencia expedida el 6 de mayo del mismo año. Con costas de Alzada en el orden causado. Notifíquese y devuélvase.