

Neuquén

HECHOS: DCPR, GDC y REC promovieron lo que denominaron "acción declarativa de certeza con medida autosatisfactiva". Su objeto es obtener autorización judicial para iniciar una técnica de reproducción humana asistida bajo la modalidad de gestación por sustitución y obtener la determinación anticipada de la filiación de la persona o personas que nazcan.

Relataron que D y G conforman una pareja de larga data y que su proyecto común siempre incluyó tener hijos. En el año 2024 a D le diagnosticaron un cáncer de cuello uterino que requirió quimioterapia, radioterapia, braquiterapia y una histerectomía radical, por lo que no puede llevar adelante un embarazo. Antes del tratamiento oncológico, y por indicación médica, se criopreservaron sus óvulos en la clínica ALBOR de esta ciudad. Una vez concluido ese tratamiento, el 1 de diciembre de 2025 se realizó un procedimiento de ICSI con gametos de la pareja, del que resultaron cinco embriones criopreservados. R, hermana de G, ofreció de manera espontánea y desinteresada su capacidad gestacional. Agregaron que las evaluaciones médicas y psicológicas acreditan la aptitud de todas las personas involucradas.

Fundaron la vía en el art. 52 de la ley 2302 y en la figura de la medida cautelar genérica del art. 232 del código procesal. Sostuvieron que no existe controversia entre partes, sino una pretensión común que reclama tutela preventiva. Invocaron el derecho a formar una familia, la autonomía reproductiva, el derecho a la salud, el derecho a la identidad de la persona por nacer y su interés superior. Pidieron que el trámite tuviera carácter

urgente, en atención a que el tiempo incide en la viabilidad del procedimiento médico.

Concretamente solicitaron cuatro cosas. Primero, que se autorice la transferencia embrionaria y la continuidad del procedimiento de reproducción humana asistida bajo la modalidad de gestación por sustitución en el centro médico ALBOR. Segundo, que se declare que el niño o niña que nazca será hijo o hija de DCPR y de GDC en virtud de su voluntad procreacional, y que se ordene la inscripción registral correspondiente mediante oficio. Tercero, que se disponga que la empleadora de G o de D reconozca y garantice los derechos que la legislación prevé para el cuidado temprano del niño o niña, en especial licencias y franquicias horarias. Cuarto, que se adopte toda otra decisión conducente a la efectividad de lo peticionado.

El 3 de septiembre de 2026 se celebró audiencia en la sede de esta Juzgado. Comparecieron las tres personas peticionantes junto con su letrada patrocinante, quienes mantuvieron la pretensión deducida.

Conferida vista al Ministerio Público Fiscal, el Fiscal Jefe de la Oficina de Asuntos Extrapenales dictaminó el 25 de septiembre de 2026. Propició que se conceda la autorización requerida. Recomendó asimismo que se asegure la conservación de la documentación relativa a la historia de origen y que se promueva que los progenitores brinden esa información de manera adecuada a la edad y madurez de sus hijos o hijas.

El 5 de octubre de 2026 se llamaron autos para sentencia.

ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN: A) Corresponde, en primer término, precisar la naturaleza de la pretensión y el cauce en el que debe resolverse, en tanto la determinación del derecho aplicable incumbe a la jurisdicción con independencia de la calificación que le asignen las partes. En virtud del principio *iura novit curia*, el Juzgado califica la relación jurídica sustancial

según los hechos alegados, sin quedar vinculado por el encuadre normativo propuesto. Esa facultad no altera la causa ni el objeto de la pretensión: se limita a dar a lo pedido su correcta fisonomía jurídica.

Desde esa perspectiva, lo planteado no es una medida cautelar. Una cautelar, aun la genérica, es instrumental y provisoria: asegura el resultado de otro proceso principal. Aquí no hay proceso principal que asegurar. Lo que se pide es un pronunciamiento definitivo y autosuficiente que agota la tutela reclamada: la autorización para que una persona geste un embrión ajeno y la declaración anticipada del emplazamiento filial de quien nazca.

La pretensión es, en rigor, una petición de autorización judicial previa y de declaración de certeza sobre una situación jurídica futura, dentro de un proceso de familia de carácter voluntario. Los presupuestos de la tutela declarativa están reunidos. Existe un estado de incertidumbre actual y concreto: la letra del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) atribuiría la filiación de quien nazca a la persona que no desea ser su progenitora y la negaría, total o parcialmente, a quienes sí tienen voluntad procreacional. Esa incertidumbre puede causar un perjuicio cierto e inminente, y no existe otra vía idónea para despejarla con anterioridad al nacimiento.

No se trata, por lo tanto, de una consulta abstracta. Los embriones existen y están criopreservados. Los consentimientos fueron otorgados por escritura pública. La gestante fue evaluada médica y psicológicamente. El único obstáculo para avanzar es jurídico.

Los principios que rigen los procesos de familia conducen a la misma solución. El art. 706 CCyC impone tutela judicial efectiva, procesos accesibles y resolución pronta, con especial atención a personas vulnerables. El art. 709 CCyC consagra la oficiosidad. El art. 710 CCyC

establece la libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.

En cuanto a la competencia, la sustenta el domicilio de D y G en esta ciudad, así como el hecho de que el procedimiento médico se realizará en un establecimiento con sede en Neuquén. R, domiciliada en Villa Regina, provincia de Río Negro, se presentó voluntariamente y se sometió de modo expreso a la jurisdicción de los tribunales de esta ciudad en el instrumento notarial de su consentimiento.

B) Delimitado el objeto, corresponde exponer el marco normativo aplicable.

El CCyC reconoce tres fuentes de filiación con iguales efectos: la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la adopción (art. 558). Cada una tiene reglas propias de determinación. En la filiación derivada de TRHA, el eje es la voluntad procreacional, exteriorizada mediante un consentimiento previo, informado y libre. Ese consentimiento debe recabarlo el centro de salud interviniente y renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones (art. 560). Debe protocolizarse ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561). Una vez prestado conforme a la ley, la filiación así determinada no puede impugnarse (art. 577), y el aporte de gametos de terceros no genera vínculo jurídico con ellos (art. 575).

La doctrina explica: *"La voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA"* (Herrera, Marisa, comentario al art. 562, en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación*

Comentado, t. II, Ediciones SAIJ, 2ª ed., 2022, p. 288).

La misma autora precisa las consecuencias de ese principio: *"solo quien exterioriza la llamada 'voluntad procreacional' mediante el correspondiente consentimiento libre, previo e informado, es quien será considerado progenitor de un niño y, por lo tanto, hace nacer todos los derechos y deberes que se derivan del vínculo filial"* (Herrera, Marisa, comentario al art. 558, en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián [dirs.], ob. cit., t. II, p. 280).

Esa misma obra explica que la autonomía de la filiación por TRHA responde a que la identidad, en este campo, se descompone en dimensiones que la filiación por naturaleza presenta unificadas: *"no solo la identidad puede ser biológica, por un lado, o voluntaria o volitiva por el otro, sino que también observa una vertiente más: la identidad genética"* (Herrera, Marisa, comentario al art. 558, ob. cit., t. II, p. 279).

El régimen especial está integrado además por la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su decreto reglamentario 956/2013. Esa ley comprende expresamente las técnicas de alta complejidad. Garantiza su acceso a toda persona mayor de edad que haya prestado su consentimiento informado, el cual es revocable hasta antes de la implantación del embrión (art. 7).

Ninguna de estas normas regula de manera específica la gestación por sustitución. Tampoco la prohíbe. El Anteproyecto que dio origen al CCyC proponía regularla mediante un proceso judicial de autorización previa con recaudos precisos, pero esa disposición fue suprimida durante el trámite parlamentario. El texto finalmente sancionado del art. 562 mantuvo, como regla general para las TRHA, que los nacidos por esas técnicas son hijos "de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que

también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre".

Herrera señala que la norma *"ha sido tildada de inconstitucional o dejada de lado al decretarse su inaplicabilidad en supuestos de 'gestación por sustitución', figura cuya regulación había sido propuesta y proyectada por el entonces Anteproyecto de reforma, y que fue quitada de su texto final durante el debate parlamentario"*. Y caracteriza la figura: *"Se trata de una técnica especial dentro de las TRHA cuyo elemento distintivo gira en torno al desmembramiento entre la persona que gesta y quien o quienes tienen la voluntad procreacional de ser progenitores"* (Herrera, Marisa, comentario al art. 562, ob. cit., t. II, p. 290).

En ausencia de una regla específica, la gestación por sustitución debe ser analizada dentro del régimen de las TRHA. A propósito del diálogo de fuentes: *"podría plantearse, como ya se ha planteado en la jurisprudencia nacional, un caso de gestación por sustitución —es decir, el de una mujer que gesta a un niño para otras personas que quieren y tienen el deseo de ser padres, y que incluso, como aconteció en casos ya resueltos, aportan su propio material genético— en el que, ante el vacío legislativo se deba apelar a las normas referidas a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida porque, justamente, la gestación por sustitución es una de las tantas prácticas —la más compleja— de reproducción asistida. En definitiva, desde una perspectiva sistémica, el CCyC entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero “diálogo de fuentes”, una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes."* (Herrera, Marisa y Caramelo, Gustavo, comentario al art. 2, en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, Ediciones SAIJ, 2ª ed., 2022, p. 16).

La ausencia de prohibición no es un dato menor. Según el art.

19 de la Constitución Nacional, *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."* La decisión de una pareja de procurar descendencia genéticamente propia mediante una técnica médica, y la de una mujer de colaborar con ese proyecto gestando un embrión ajeno, pertenecen al núcleo de la autonomía personal. El ordenamiento sí establece límites que deben ser rigurosamente respetados. Los derechos sobre el cuerpo humano no tienen valor comercial y solo pueden ser dispuestos por su titular si se respeta alguno de los valores afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social (art. 17 CCyC). Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, y el consentimiento para los actos permitidos no puede ser suplido y es libremente revocable (art. 56 CCyC).

En relación con el primer límite, se ha señalado que el art. 17 *"adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa"* (Herrera, Marisa y Caramelo, Gustavo, comentario al art. 17, ob. cit., t. I, p. 46). En cuanto al segundo, se ha explicado que, conforme a los arts. 26, 55, 58 y 59 CCyC y a la ley 26.529, *"toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable"* (Lamm, Eleonora, comentario al art. 56, ob. cit., t. I, p. 135).

De ello se sigue que una gestación por sustitución gratuita, solidaria, libremente consentida y revocable hasta la transferencia del embrión no colisiona con los arts. 17 y 56 CCyC. La gestación no produce una disminución permanente de la integridad que carezca de justificación. Responde a un valor afectivo y humanitario expresamente admitido por la

ley. Y se sostiene en un consentimiento personalísimo, insustituible y revocable.

C) El caso involucra derechos de raigambre constitucional y convencional de tres personas, que deben ser ponderados de manera conjunta.

Para D y G están en juego varios derechos: el derecho a la vida privada y familiar y a fundar una familia (arts. 14 bis y 19 CN; 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); la autonomía reproductiva y el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercerla; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico (art. 15.1.b del PIDESC); el derecho a la salud, que incluye la salud reproductiva; y la igualdad y no discriminación (arts. 16 y 75 inc. 23 CN; 1.1 y 24 CADH).

En "Artavia Murillo", la Corte Interamericana vinculó la protección de la vida privada con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluida la tecnología médica necesaria para ejercerla. Desarrolló también el concepto de discriminación indirecta, que se proyecta directamente sobre este caso. El tribunal regional recordó que los Estados deben abstenerse de dictar regulaciones que, aun sin ser discriminatorias en su formulación, produzcan efectos discriminatorios sobre determinados grupos al ejercer sus derechos, y que una medida general puede ser discriminatoria cuando tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial sobre un grupo particular, aunque no haya sido dirigida contra él (párr. 286).

Para R están en juego su autonomía personal, su derecho a decidir libre y responsablemente sobre su propia reproducción (art. 16.1.e de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer), su integridad física y psíquica (art. 5.1 CADH) y su libertad (art. 7 CADH). Ese derecho a decidir comprende, con igual fuerza, el de no ser emplazada en una maternidad que no desea.

Para la persona que eventualmente nazca está en juego su interés superior como consideración primordial (art. 3 CDN; art. 3 ley 26.061). También sus derechos a ser inscripta inmediatamente después de su nacimiento, a un nombre, a conocer a sus progenitores y a ser cuidada por ellos en la medida de lo posible (art. 7 CDN), y a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8 CDN; art. 11 ley 26.061).

En D confluyen su género y las secuelas de una enfermedad oncológica. Un proceso oncológico y su tratamiento, médicamente indispensable, la privaron de manera definitiva de la capacidad de gestar, aunque conserva su aporte genético. La regla de atribución de la maternidad por el parto la sitúa en una posición de desventaja estructural frente al régimen de TRHA. Ese régimen reconoce la voluntad procreacional de quien no aporta gametos, pero no le permite a ella ser reconocida como progenitora de un embrión formado con sus propios óvulos. El efecto de esa regla sobre su situación reproduce, además, un estereotipo que identifica la maternidad exclusivamente con la gestación, cuya modificación el Estado se comprometió a procurar (art. 5.a CEDAW).

D) Corresponde ahora examinar los hechos relevantes y valorar la prueba.

En ausencia de contradicción, los hechos que deben tenerse por acreditados son: la indicación médica de la técnica por imposibilidad de gestar de la comitente; la existencia y el origen homólogo de los embriones; la voluntad procreacional de D y G y su instrumentación; la ausencia de voluntad procreacional de R y el

carácter libre, informado, gratuito y altruista de su consentimiento; la solidez del proyecto parental y de las redes de apoyo; y la inexistencia de vulnerabilidad o condicionamientos que comprometan la libertad de la gestante.

La imposibilidad de gestar de D está acreditada de manera concluyente por la documentación médica. El registro oncológico agregado documenta tres etapas. Primero, el diagnóstico de carcinoma de cuello uterino a partir de una biopsia de diciembre de 2023 y la quimioterapia de inducción de marzo de 2024. Segundo, la histerectomía con linfadenectomía bilateral, cuyo resultado anatomopatológico informó un adenocarcinoma endocervical invasor sin compromiso ganglionar. Tercero, la radioterapia y braquiterapia posteriores, y el seguimiento con estudios de 2025 y enero de 2026 sin signos de recidiva. El certificado del médico tocoginecólogo Marcelo Kolar, del 9 de febrero de 2026, consigna la histerectomía radical con linfadenectomía practicada el 18 de abril de 2024 y la buena evolución oncológica, sin recidivas. El resumen de historia clínica de la clínica ALBOR, suscrito por el especialista en medicina reproductiva Mario Ignacio Hita, consigna que desde enero de 2024 se asesoró a la paciente sobre vitrificación de óvulos y subrogación uterina por indicación de histerectomía.

Se trata entonces de la única técnica que permite a D acceder a la reproducción con sus propios gametos. El equipo interdisciplinario registró, además, que la pareja exploró la adopción como alternativa y la descartó por razones que pertenecen a su ámbito de decisión.

Según el resumen de historia clínica de ALBOR, el 14 de febrero de 2024 se criopreservaron trece ovocitos de D. El 1 de diciembre de 2025 se realizó el procedimiento de ICSI y se criopreservaron cinco embriones. El material genético proviene íntegramente de D y

G y la gestante no aporta gametos. Ello surge de la historia clínica, de ambos instrumentos notariales y del dictamen fiscal. En consecuencia, quien nazca tendrá identidad genética con quienes manifiestan voluntad procreacional y ninguna con quien lo gestará.

La voluntad procreacional de D y G surge de varios instrumentos convergentes. Ambos suscribieron ante la clínica ALBOR el consentimiento informado para reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja, en el marco de un proyecto parental conjunto. El 13 de febrero de 2026 otorgaron la escritura pública número treinta y uno, pasada ante la escribana Laura C. Miranda, titular del Registro Notarial N° 2 de Plottier. Allí consintieron, con información detallada sobre la técnica, sus riesgos y sus consecuencias jurídicas, que los embriones formados con su material genético se transfieran a R, con el fin de que el niño o niña nacido tenga vínculos jurídicos de filiación con ellos y no con la gestante.

Esa voluntad no es una declaración formal aislada. El equipo interdisciplinario la describió como un proyecto construido a lo largo de una relación iniciada en la adolescencia de ambos y postergado conscientemente hasta alcanzar estabilidad laboral y habitacional. Lo calificó como un proyecto compartido y consensuado en el que, desde hace mucho tiempo, ambos alojan un lugar posible para un hijo o hija. Coinciden los informes psicológicos particulares de la licenciada Judith Muñoz y de la licenciada Navas Jiménez. El primero concluye que la pareja presenta un estado emocional estable y apto para afrontar el proceso, con expectativas realistas. El segundo describe un proyecto parental claro y compartido, con recursos emocionales adecuados.

El consentimiento de R y la ausencia de voluntad procreacional de su parte constituyen el núcleo más sensible del caso. Han sido examinados con el escrutinio reforzado anticipado en el apartado C).

En el plano formal, R otorgó el 13 de febrero de 2026, ante la misma escribana, la escritura pública número treinta. Allí consintió la transferencia en su persona de embriones conformados con material genético de los comitentes, con el fin de que el niño o niña nacido tenga vínculos jurídicos de filiación con ellos y no con ella. El instrumento deja constancia de la información recibida sobre riesgos médicos, psicológicos y obstétricos y sobre su derecho a revocar el consentimiento hasta antes de la transferencia.

En el plano sustancial, la prueba es convergente y de distinta procedencia. El informe del equipo interdisciplinario del fuero, suscripto por la psicóloga Valeria Fernández y la trabajadora social Diana Bertón, se elaboró a partir de entrevistas individuales y conjuntas en sede y de visitas a ambos domicilios. Por su origen judicial, por la pluralidad de técnicas empleadas y por la ausencia de interés de sus autoras, tiene especial valor probatorio. Ese informe consigna lo siguiente.

R se presenta serena, con una narrativa propia, reflexionada y sentida. Ubica en G a un referente que participó activamente de su crianza. La idea de gestar para su hermano y su cuñada comenzó a formarse en ella al conocer la enfermedad de D. Conversó la decisión con su pareja, quien la acompaña, aunque ella aclaró que el cuerpo es suyo. Manifiesta con claridad que el bebé que gestará no será su hijo sino su sobrino, y define su función como transitoria. Ha adoptado decisiones concretas sobre la presencia de su pareja en el parto, sobre no amamantar y sobre la inmediata asunción de los cuidados por D y G. Anticipa la necesidad de construir, con acompañamiento profesional, el relato que transmitirá a sus hijos. Contempla la posibilidad de que el embarazo no se logre en el primer intento y se propone trabajar en su espacio terapéutico cuál será su propio límite. Proyecta su vida familiar sin desear más hijos propios, de modo que la gestación no compite con un proyecto reproductivo personal. Y se

encuentra motivada por continuar sus estudios de enfermería.

El equipo concluyó que las diferencias en las condiciones sociales entre las partes, en estabilidad laboral, acceso a la vivienda y trayectoria educativa, reflejan trayectorias singulares. No configuran una relación asimétrica ni generan indicadores de vulnerabilidad en R. Por el contrario, evidencian un lazo de solidaridad y ayuda mutua basado en el afecto y preexistente al proyecto.

El equipo interdisciplinario del fuero concluyó, respecto de las tres personas evaluadas, que se presentan con criterio de realidad conservado y pensamiento abstracto y reflexivo, sin indicadores de psicopatología y con mecanismos de defensa regulados. También que la mayor ansiedad observada en D y G se encuentra dentro de lo esperable para la situación.

Por otro lado, el informe de la licenciada Navas Jiménez, sobre la base de entrevistas y técnicas psicométricas, concluyó que R no presenta sintomatología psicopatológica significativa, que dispone de una red de apoyo sólida y de estrategias de afrontamiento adaptativas, y que su motivación es altruista y fundada en el vínculo fraterno.

La audiencia del 3 de septiembre de 2026 permitió verificar personalmente, con inmediación, la coherencia de lo informado. R relató que había pensado desde hacía tiempo en ser la persona que ayudara a su hermano y a D a concretar su plan familiar, y que su decisión nace del afecto que siente por ambos. Los relatos coinciden en lo esencial: el ofrecimiento fue espontáneo, la decisión fue meditada, consultada con su pareja y expresada sin apremio, y la iniciativa de gestar es propia de R. Las tres personas manifestaron asistir a espacios terapéuticos y valoraron ese acompañamiento.

La prueba reseñada permite tener por acreditados, con certeza

suficiente, todos los extremos enunciados al comienzo de este apartado. Existe indicación médica de la técnica por imposibilidad de gestar de la comitente. Los embriones son de origen homólogo. D y G tienen voluntad procreacional, debidamente instrumentada. R carece de voluntad procreacional, y su consentimiento es libre, informado, gratuito y altruista. El proyecto parental es sólido y cuenta con redes de apoyo suficientes. Y no hay vulnerabilidad ni condicionamientos que comprometan la libertad de la gestante.

E) Corresponde ahora examinar qué ocurriría si se aplicara a este caso la regla del art. 562 CCyC según su letra.

Esa regla atribuye la filiación de quien nace por TRHA, en primer lugar, a quien dio a luz. Aplicada aquí, convertiría a R en progenitora de quien nazca, contra su voluntad expresa, reiterada y verificada judicialmente. La convertiría, además, en progenitora de un niño o niña con quien no tiene vínculo genético alguno y respecto de quien no tiene voluntad procreacional. El sistema legal asignaría una filiación disociada simultáneamente del dato genético y de la voluntad procreacional. Esos son, precisamente, los dos fundamentos que el CCyC reconoce para la filiación por TRHA. El dato de la gestación, que no es fuente de filiación en este régimen sino un elemento de la historia de origen, quedaría convertido en el único determinante.

Se ha sostenido que esos efectos podrían corregirse luego por vía de adopción. Esa respuesta no supera el examen en este caso. La adopción es una institución destinada a proteger el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en una familia que les procure los cuidados que no les puede proporcionar su familia de origen (art. 594 CCyC). No es un mecanismo de corrección de filiaciones por TRHA. Recurrir a ella exigiría primero emplazar a la gestante contra su voluntad y luego desplazarla mediante un proceso posterior al nacimiento. Durante ese proceso la

persona nacida permanecería en una situación filial contraria a su realidad. Y su resultado invertiría el orden de las cosas: la progenitora genética y procreacional tendría que adoptar a quien es su propio hijo o hija.

F) Las personas peticionantes no plantearon expresamente la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC. No obstante, ese planteo es ineludible. Es necesario examinar primero el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.

El 22 de octubre de 2024 en la causa CIV 86767/2015/1/RH1 y otro, "S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación", la mayoría, integrada por los votos concurrentes de los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti, confirmó el rechazo de una impugnación de la filiación de la gestante. Sostuvo que el art. 562 CCyC rige todos los supuestos de TRHA, incluida la gestación por sustitución, y rechazó su inconstitucionalidad. El juez Maqueda votó en disidencia.

Desde "Cerámica San Lorenzo" (Fallos: 307:1094, del 4 de julio de 1985), la Corte ha establecido que los jueces inferiores deben conformar sus decisiones a sus precedentes y que carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellos sin aportar nuevos argumentos. Ese deber obliga a explicitar las diferencias entre ambos casos, al margen de las razones por las cuales no comparto el criterio de dicha mayoría.

Las diferencias entre aquel caso y el presente son sustanciales.

La primera se refiere a la oportunidad y al alcance del control judicial. Aquel fue un proceso de impugnación promovido después del nacimiento. Los consentimientos se habían protocolizado con posterioridad al parto, y la Cámara había puesto en duda tanto los aspectos formales del acuerdo como el vínculo y el altruismo invocados. La Corte consideró innecesario pronunciarse sobre la validez de los consentimientos (considerando 15 del voto del juez Rosatti, 24 del voto del juez Rosenkrantz y

21 del voto del juez Lorenzetti).

Aquí, en cambio, la intervención es previa a la transferencia embrionaria. Los tres consentimientos fueron otorgados por escritura pública antes de la práctica. La libertad, la gratuidad y el vínculo preexistente fueron verificados judicialmente mediante evaluación interdisciplinaria, audiencia con inmediatez y dictamen del Ministerio Público Fiscal.

La doctrina que analizó el precedente advirtió precisamente esa diferencia. Señaló que solicitar "la respectiva autorización judicial" en forma previa al proceso de gestación configura una de las "estrategias más seguras y eficaces" (Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución: un fallo de la Corte Suprema de Justicia que desconoce el Estado constitucional y convencional de derecho argentino", LA LEY 05/11/2024, 1, TR LALEY AR/DOC/2793/2024, nota 4).

Ese control previo responde, además, a las preocupaciones expresadas por la propia mayoría. Así ocurre con el riesgo de "comercio o alquiler de vientres" y de aprovechamiento de sectores vulnerables (considerando 12 del voto del juez Rosatti), y con la vulnerabilidad social de las gestantes y la necesidad de que la práctica quede limitada a supuestos de imposibilidad de llevar un embarazo a término (considerando 18 del voto del juez Lorenzetti). En este caso esos riesgos fueron examinados y descartados en concreto, y la imposibilidad de gestar de la comitente está acreditada.

La segunda diferencia se refiere a la realidad genética. En el precedente se recurrió a ovodonación, y el embrión se conformó con el material genético de uno solo de los comitentes. Aquí ambos gametos provienen de D y de G, y la gestante carece de todo vínculo genético con quien nazca. La aplicación de la regla no excluiría a una persona con voluntad procreacional sin aporte genético, como allí ocurría. Excluiría, según cuál de los comitentes quedara emplazado, a la

progenitora genética o al progenitor genético, ambos con voluntad procreacional.

Aquí R es peticionante, intervino personalmente en el proceso y su ausencia de voluntad procreacional fue verificada antes de la práctica. La aplicación de la regla le impondría una maternidad jurídica que rechaza, en contra de lo que el juez Maqueda calificó como "una decisión difícilmente más central para la autonomía personal: la decisión de no ser madre" (considerando 17 de su disidencia).

Por otra parte, los votos de los jueces Rosenkrantz (considerando 22) y Lorenzetti (considerando 16) señalaron que no se había acreditado en el caso concreto de qué forma la determinación legal perjudicaba al niño, "cuando ni siquiera se ha invocado la existencia de algún tipo de conflicto entre los sujetos involucrados". Aquí ese perjuicio está demostrado de manera precisa en el apartado E). La regla dejaría indeterminado cuál de los comitentes resulta emplazado. Podría colocar como progenitores legales a dos hermanos. Y excluiría a uno de los progenitores genéticos y procreacionales, exponiendo a quien nazca, ante la falta del progenitor emplazado, a quedar bajo la responsabilidad parental de quien nunca quiso asumirla. Es la misma dificultad que el voto del juez Rosatti reconoció en abstracto al señalar que "la legislación parece resultar inconciliable con cualquiera de las hipótesis asignables a la expresión 'voluntad procreacional'" (considerando 12). En este caso esa dificultad se proyecta sobre la aportante de los gametos.

La Corte refiere a la adopción de integración como respuesta alternativa. La mayoría consideró que las partes no habían demostrado que su pretensión careciera de respuesta en la adopción de integración (considerando 14 del voto del juez Rosatti, 20 y 23 del voto del juez Rosenkrantz y 14 del voto del juez Lorenzetti). Al margen de disentir con dicha conclusión, aquí esa vía no es una alternativa razonable: en primer

lugar, presupone emplazar previamente a R como progenitora contra su voluntad. Además, obligaría a D o a G a adoptar a su propio hijo o hija genético. Herrera y Gil Domínguez formularon precisamente ese interrogante, preguntándose *"si es posible adoptar —de integración— al propio hijo biológico"* (Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa, ob. cit., ap. IV.4). Concluyeron que *"la adopción de integración no es la respuesta jurídica adecuada, de allí que las partes no estaban obligadas a probar el hecho negativo, sino que debían centrarse en acreditar los extremos básicos para la determinación de la filiación derivada de las TRHA"* (ob. cit., ap. IV.4). Y, por último, esa vía subordinaría el vínculo filial a la subsistencia de la convivencia de la pareja, que el art. 620 CCyC exige para esta modalidad adoptiva, y lo expondría a la revocación prevista en el art. 633 CCyC. Con ello quien nazca tendría un emplazamiento más frágil que el que corresponde a la filiación por TRHA, que es inimpugnable (art. 577 CCyC).

Además de estas diferencias, disiento con el criterio de la mayoría.

La lectura que hace la mayoría del art. 562 CCyC prescinde de su propio texto. La norma atribuye la filiación a quien dio a luz y *"del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre"*. Ese adverbio indica que la regla fue concebida para las técnicas en que quien da a luz es, a la vez, titular de voluntad procreacional. Así lo sostuvo el juez Maqueda (considerando 9 de su disidencia). Así lo explica también la doctrina: *"¿Qué significa este 'también'? Que quien da a luz también debe haber prestado la correspondiente voluntad procreacional y expresarlo en un consentimiento informado previo, libre e informado a los fines de que se determine la filiación en su favor"* (Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa, ob. cit., ap. IV.2). Esa lectura es, desde mi punto de vista, la que mejor se ajusta a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, como lo exigen los arts. 1 y 2 CCyC.

Los votos de los jueces Rosenkrantz —considerando 13— y Lorenzetti —considerando 12— sostienen que el art. 562 del Código Civil y Comercial establece una determinación legal y objetiva de la maternidad, concordante con la prevista por el art. 565 para la filiación por naturaleza. Discrepo con el alcance atribuido a esa concordancia. La diferenciación de las fuentes filiales reconocida por el art. 558 exige atender a las reglas específicas de las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, al significado del consentimiento regulado en los arts. 560, 561 y 562. La coincidencia de ambas normas en atribuir relevancia al parto no resuelve, por sí sola, si el consentimiento de quien gesta para otra persona puede equipararse a la voluntad de asumir la condición jurídica de progenitora. Es sobre esa equiparación y sus consecuencias en el caso concreto donde recae la objeción, que requiere una fundamentación propia y no deriva únicamente de la existencia de fuentes filiales diferenciadas.

La supresión de la regulación proyectada no equivale a una prohibición ni a una toma de posición del legislador sobre la filiación en la gestación por sustitución. Como lo señalaron los autores citados, *"la quita o eliminación mencionada no es sinónimo a prohibición, estas son dos decisiones legislativas diferentes"* (Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa, ob. cit., ap. IV.3).

Por último, el carácter de orden público de las normas de filiación impide que las partes dispongan de ellas, premisa que comparto. Pero no sustrae esas normas del control de constitucionalidad que la Constitución impone a todos los jueces en el caso concreto (arts. 31, 75 inc. 22 y 116 CN). El propio voto del juez Rosenkrantz encuadró ese control en el caso concreto, al señalar que corresponde examinar "si su aplicación lisa y llana en el caso concreto se encuentra en pugna con nuestra Constitución Nacional" (considerando 17).

Ese disenso, sin embargo, no es el fundamento de esta decisión. Un juez no puede apartarse de la doctrina del máximo tribunal por el solo hecho de no compartirla. Lo que justifica la solución que aquí se adopta son las diferencias fácticas relevantes y los argumentos constitucionales no considerados en el precedente, expuestos más arriba. Esos argumentos permiten tener por cumplida, en este caso, la carga de demostrar la irrazonabilidad concreta que la propia mayoría echó en falta.

La fragmentación jurisprudencial posterior al precedente no es imputable a los jueces. Es consecuencia de una omisión legislativa que el propio máximo tribunal advirtió al poner su pronunciamiento en conocimiento del Congreso, y que subsiste. Mientras subsista, los tribunales no pueden excusarse de resolver: el art. 3 CCyC impone decidir los asuntos sometidos a jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. En el marco de ese deber, y con la carga argumentativa que impone apartarse de la solución adoptada por la Corte en un caso diferente, considero que las particularidades de este caso conducen a una conclusión distinta.

G) Corresponde ahora abordar el control de constitucionalidad propiamente dicho.

En primer término, ese control procede de oficio. Los jueces deben ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad aun sin petición de parte, dentro del marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Así lo ha establecido la Corte Suprema en "Mazzeo" (Fallos: 330:3248) y, con particular claridad, en "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios" (Fallos: 335:2333, sentencia del 27 de noviembre de 2012). Allí sostuvo que esa facultad no vulnera la división de poderes ni la defensa en juicio cuando se ejerce dentro de un caso y respecto de normas cuya aplicación resulta determinante para su solución.

Esa es la situación aquí. Los fundamentos de la pretensión, centrados en la voluntad procreacional y en los derechos constitucionales que invocaron las personas peticionantes, suponen necesariamente la inaplicación de la regla que atribuye la filiación a quien da a luz. El Ministerio Público Fiscal advirtió expresamente que la regla del art. 562 debía examinarse a la luz de los derechos constitucionales comprometidos. Y no existe contradictor cuyo derecho de defensa pueda verse sorprendido.

Es bien sabido que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico y solo procede cuando la incompatibilidad con la Constitución es manifiesta y no puede salvarse por vía interpretativa. Sostener que el art. 562 no se aplica a la gestación por sustitución, sin pronunciamiento sobre su validez, es la vía que eligieron algunos precedentes y que adoptó el juez Maqueda en su disidencia. Pero esa interpretación fue descartada por la mayoría de la Corte Suprema, que consideró que el art. 562 rige en todos los supuestos de TRHA, incluida esta técnica. Por deferencia a esa interpretación de la ley común, se adopta como premisa jurídica que la norma sí es aplicable al caso. Precisamente por ello se debe examinar si su aplicación es compatible con la Constitución.

El examen debe hacerse bajo el principio de razonabilidad del art. 28 CN. Los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. Una restricción a derechos fundamentales es válida solo si persigue un fin legítimo, es idónea para alcanzarlo, es necesaria porque no existen medios menos lesivos de igual eficacia, y guarda proporción entre la afectación que produce y el beneficio que procura.

Los fines de la regla que atribuye la filiación a quien da a luz son legítimos. Puede reconocérsele el propósito de asegurar certeza inmediata sobre la filiación materna, el de proteger a la persona gestante frente a la

cosificación y la explotación, entre otros. En este caso, sin embargo, la regla no es idónea para alcanzar ninguno de esos fines. No genera certeza: genera un conflicto entre la filiación legal y todas las dimensiones de la identidad de quien nazca. No protege a la gestante: le impone una maternidad que rechaza. Tampoco es necesaria, porque los fines de protección que la justifican pueden lograrse por medios menos lesivos que han sido efectivamente empleados en este proceso. Esos medios son el control judicial previo, la evaluación de la libertad de la gestante, la verificación de la gratuidad, la instrumentación notarial de los consentimientos y la revocabilidad del consentimiento hasta la transferencia.

Por último, carece de proporcionalidad. Frente a una ganancia nula en términos de los fines de la norma, su aplicación sacrificaría de manera severa los derechos de los intervinientes. Afectaría el derecho de D a ser reconocida como progenitora de su hijo o hija genético, a fundar una familia y a no ser discriminada por su condición de salud y por su género. Afectaría el derecho de G a un emplazamiento coherente con su realidad y con la de su pareja. Afectaría el derecho de R a no ser forzada a una maternidad no elegida. Y afectaría, sobre todo, los derechos a la identidad y al cuidado de la persona que nazca.

La consecuencia es que la aplicación al caso de la parte del art. 562 CCyC que atribuye la filiación a "quien dio a luz" resulta incompatible con los arts. 14 bis, 16, 19, 28 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; con los arts. 1.1, 5.1, 7, 11.2, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; con los arts. 5 y 16.1.e de la CEDAW; con los arts. 10, 12 y 15.1.b del PIDESC; y con los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Corresponde declarar su inconstitucionalidad en este caso concreto.

La declaración tiene un alcance acotado. No alcanza al resto

del art. 562 CCyC. Por el contrario, la parte restante de la norma, según la cual los nacidos por TRHA son hijos de la persona que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, con independencia de quién haya aportado los gametos, es la regla que se aplica para determinar la filiación. D y G prestaron ese consentimiento. R no prestó un consentimiento con voluntad procreacional sino un consentimiento estrictamente gestacional. La solución respeta, además, el límite de dos vínculos filiales del art. 558 CCyC, que no se ve afectado.

La solución guarda coherencia con el art. 575 CCyC. Esa norma dispone que, cuando se utilizan gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico con ellos, porque en el régimen de TRHA el aporte biológico de quien carece de voluntad procreacional no es fuente de filiación. El aporte de la gestante es de naturaleza biológica, no genética, y se presta sin voluntad procreacional. La misma razón que excluye el vínculo con quien aporta gametos sin voluntad procreacional justifica, en este caso, excluirlo respecto de quien aporta la gestación en idénticas condiciones.

No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del art. 565 CCyC, porque esa norma no rige el caso. Su texto limita la determinación de la maternidad por el parto a la filiación por naturaleza. La doctrina lo precisa: *"se deja bien en claro que la determinación de la maternidad, que regula la disposición en análisis, rige para los supuestos de filiación por naturaleza; no así para los casos de filiación derivada de TRHA o de filiación adoptiva, cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación de otros principios en los que la autonomía de la voluntad ocupa un rol central"* (Herrera, Marisa, comentario al art. 565, ob. cit., t. II, p. 296). En consecuencia, la circunstancia de que el certificado médico de nacimiento consigne a R como la persona que dio a luz no determinará la filiación.

H) Corresponde ahora precisar el alcance concreto de la

autorización.

La autorización comprende la transferencia a R, en el establecimiento ALBOR S.R.L. de esta ciudad, de los embriones generados mediante ICSI con gametos de D y de G, actualmente criopreservados. Las transferencias podrán ser sucesivas, conforme al criterio médico. El número de embriones a transferir en cada oportunidad será determinado por el equipo médico priorizando la salud de la gestante y la reducción del riesgo de embarazo múltiple, como surge del propio consentimiento informado.

La autorización no se extiende a la utilización de gametos de terceros ni a la intervención de otra persona gestante. Cualquiera de esas alternativas requerirá una nueva autorización judicial.

Antes de cada transferencia, el centro de salud deberá recabar la renovación del consentimiento de D, de G y de R (art. 560 CCyC), instrumentado conforme el art. 561 CCyC. R podrá revocar libremente su consentimiento hasta antes de cada transferencia, sin expresión de causa y sin que ello le genere responsabilidad alguna (arts. 56 y 561 CCyC; art. 7 ley 26.862).

La autorización no puede leerse como una obligación de hacer exigible sobre el cuerpo de la gestante. Antes, durante y después del embarazo, R conserva la plenitud de los derechos que el ordenamiento le reconoce sobre su propio cuerpo y su salud, incluidas las decisiones sobre los actos médicos durante la gestación y el parto (arts. 56 y 59 CCyC; ley 26.529; ley 25.929).

En cuanto a la inscripción, el nacimiento podría producirse fuera de esta provincia, dado que la gestante reside en Villa Regina. Por ello se notificará electrónicamente al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Neuquén. Si el nacimiento ocurre en otra

jurisdicción, se librará la comunicación pertinente al registro civil competente según el lugar del nacimiento, conforme la ley 22.172. La inscripción deberá practicarse con fundamento en esta sentencia, en el certificado médico de nacimiento y en los consentimientos protocolizados. Deberá consignar como progenitores únicamente a D y a G, sin consignar a la gestante ni a su pareja. La identidad de la gestante y la técnica empleada deberán constar en el legajo base, con reserva.

En cuanto al tercer punto del petitorio, la sentencia determina la filiación con plenos efectos. De ello se sigue que D y G serán titulares de todos los derechos que el ordenamiento laboral y de la seguridad social reconoce a quienes ejercen la responsabilidad parental respecto de un hijo o hija recién nacido. Esos derechos no derivan de una condena en este proceso, sino de la ley y del emplazamiento que aquí se declara. No puedo, en cambio, imponer obligaciones a empleadores que no fueron parte del proceso, ni definir el contenido de licencias específicas sin su intervención, porque ello lesionaría su derecho de defensa (art. 18 CN). En ese alcance corresponde admitir la petición.

Por todo ello, **RESUELVO:**

1) Hacer lugar a la pretensión deducida por DCPR, GDC y REC, calificada como petición de autorización judicial previa y declaración de certeza sobre la filiación, en los términos y con los alcances establecidos en los puntos siguientes.

2) Declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto atribuye la filiación de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida a "quien dio a luz", con el alcance fijado en el apartado G) de los considerandos.

3) Autorizar la realización de la técnica de reproducción

humana asistida de alta complejidad bajo la modalidad de gestación por sustitución en el establecimiento ALBOR S.R.L. de la ciudad de Neuquén, mediante la transferencia a REC (DNI 40.961.325) de los embriones generados con gametos de DCPR y de GDC, en una o más transferencias según el criterio del equipo médico. La autorización no comprende la utilización de gametos de terceros ni la intervención de otra persona gestante, supuestos que requerirán nueva autorización judicial.

4) Disponer que, antes de cada transferencia embrionaria, el centro de salud interviniente recabe la renovación del consentimiento previo, informado y libre de DCPR, GDC y REC, instrumentado conforme los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

5) Hacer saber que REC puede revocar libremente su consentimiento hasta antes de cada transferencia, sin expresión de causa y sin responsabilidad alguna, y que conserva la plenitud de sus derechos sobre su cuerpo y su salud durante todo el proceso, el embarazo, el parto y el puerperio.

6) Declarar que la persona o personas que nazcan como consecuencia de la técnica autorizada en el punto 3) serán hijas o hijos de DCPR (DNI 38.533.067) y de GDC (DNI 35.046.896), en virtud de su voluntad procreacional, y que no tendrán vínculo filial alguno con REC ni con su pareja.

7) Ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Neuquén, o al registro civil competente según el lugar del nacimiento, que inscriba a la persona o personas nacidas como hijas o hijos de DCPR y de GDC, sin consignar a la gestante en la partida, con base en esta sentencia, en el

certificado médico de nacimiento y en los consentimientos protocolizados. Disponer que en el legajo base de la inscripción conste, con carácter reservado, que el nacimiento se produjo mediante gestación por sustitución y la identidad de la gestante. Notificar electrónicamente o, en su caso, librar la comunicación prevista por la ley 22.172, cuyo diligenciamiento quedará a cargo de las personas peticionantes una vez producido el nacimiento.

8) Hacer saber que el emplazamiento filial dispuesto produce todos sus efectos legales y es oponible a terceros, incluidos los derechos laborales y de la seguridad social inherentes a la responsabilidad parental.

9) Disponer la conservación de estas actuaciones, con carácter reservado, y hacer saber que la persona o personas que nazcan podrán acceder a ellas en todo momento.

10) Regular los honorarios de la letrada patrocinante Stella Maris Schiel en la cantidad de veinte (20) unidades jus, conforme la ley 1594.

11) Notificar electrónicamente a las personas peticionantes y al Ministerio Público Fiscal.