

“Recurso Queja n° 1 – P. A. y otro s/ autorización”

CIV 7628/2021/1/RH1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la resolución de primera instancia que había rechazado la autorización para interrumpir la criopreservación de tres embriones fecundados a través de técnicas de reproducción humana asistida. Declaró que, al no estar controvertida por las partes la decisión de finalizar el contrato con Procreate S.A. —la clínica que presta el servicio de criopreservación— era innecesaria la autorización judicial, y que los actores se encontraban habilitados para decidir por sí mismos el descarte de los embriones (cf. sentencia del 21 de octubre de 2021).

En lo que aquí interesa, la cámara consideró que los términos del contrato que une a los actores con Procreate se vinculan con su voluntad procreacional y el ejercicio de sus derechos reproductivos reconocidos y protegidos legislativa, constitucional y convencionalmente, y que el cese de esa voluntad pone fin al contrato, para lo que bastaría —de acuerdo con lo acordado— una simple comunicación por escrito entre las partes.

Con relación al descarte de los embriones remanentes del tratamiento de fertilización *in vitro*, entendió, en contra de lo sostenido en la sentencia de primera instancia, que el *sub examine* debía ser resuelto por aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada en el precedente “Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) versus Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Serie C No. 257), en el sentido de que los embriones no implantados carecen de la protección derivada del derecho a la vida que asegura el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el criterio de la sala, en ausencia de una regulación legislativa que rijan la materia en el derecho positivo argentino, el asunto sólo dependería de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

II

Contra ese pronunciamiento, el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la defensora pública de menores e incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo interpusieron recursos

extraordinarios, que fueron contestados y finalmente denegados, lo que dio origen a sendas quejas. La Corte Suprema corrió vista a esta Procuración General sólo del recurso de hecho presentado por el fiscal general ante la cámara.

En su impugnación, el magistrado recurrente funda su legitimación para actuar en lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional, que le asigna la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal —27.148—, que en su artículo 2, al regular las funciones de defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad, atribuye al Ministerio Público la facultad de intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país, siempre que en ellos “se cuestione la vigencia de la Constitución” o se trate, entre otros supuestos, de “conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente”. Señala que, complementariamente, el artículo 31 contempla las funciones de los fiscales con competencia en materia no penal, enumerando entre ellas la de “peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectad[as] [. . .] normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares”.

En cuanto al fondo del asunto, atribuye arbitrariedad al pronunciamiento impugnado, en tanto omitió valorar los argumentos de los Ministerios Públicos relativos al orden público, al derecho a la vida y a la protección del embrión. Expresa que, al resolver la cuestión como si fuera netamente contractual, también vulneró el debido proceso legal la falta de citación de la clínica contratante en carácter de parte.

Adicionalmente, sostiene que el *a quo* ha asignado una errónea, disvaliosa e irrazonable interpretación a las normas constitucionales y convencionales que invocó en su decisión, con un alcance contrario al que les corresponde y a lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil y Comercial y su norma transitoria, la cláusula segunda del artículo 9 de la ley 26.994.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Entiende que, en rigor, no existe vacío legal en relación con los embriones no implantados, que no son cosas y que cuentan con un estatus jurídico que impediría su descarte voluntario. Ello se desprende del deber de dictar una ley especial para protegerlos, de la prohibición de su manipulación genética capaz de transmitirse a su descendencia y de su reconocimiento entre quienes pueden suceder (artículos 9 de la ley 26.994, y 57 y 2279 del Código Civil y Comercial). En ese marco, manifiesta que la sentencia recurrida hace una interpretación regresiva y errada del citado precedente interamericano “Artavia Murillo” pues, según lo postula, su doctrina no implica la prohibición de brindar protección jurídica al embrión no implantado, como la pretendida por el Ministerio Público.

III

Cumplida la medida para mejor dictaminar que esta Procuración General de la Nación ha solicitado en las presentes actuaciones el 7 de febrero de 2022, vuelven estos autos a los fines de expedirme con relación al recurso interpuesto por el fiscal general.

IV

En virtud de los argumentos que desarrollo a continuación, entiendo que hay razón en el recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, por lo que, con el alcance que fijan los términos de este dictamen, mantendré la queja interpuesta.

En breve, el recurrente objeta —en mi opinión, acertadamente— la sentencia de la cámara en tanto consideró “innecesario el pronunciamiento sobre el trámite de autorización judicial aquí incoado y por lo tanto los actores se encuentran habilitados para decidir [el] destino [de los tres embriones criopreservados], sin que la co-contratante pueda oponerse, quedando de esa forma expedita la vía para cumplimentarse con el deseo de los petitionarios en el legítimo y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

Según lo aprecio, la resolución impugnada efectivamente ignoró las normas invocadas por la fiscalía que obligarían a asegurar alguna protección a los embriones humanos generados a través de técnicas de reproducción asistida, mediante una fundamentación sólo aparente, basada en un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya doctrina, sin embargo, no contradice la tesis sostenida en el caso por el Ministerio

Público Fiscal. Por lo tanto, al decidir como lo ha hecho, la sala no dio cumplimiento a los deberes de fundamentación de los que depende la validez constitucional de los pronunciamientos jurisdiccionales.

En esa medida, y tal como lo mantendré a continuación, entiendo que corresponde declarar la arbitrariedad de lo decidido y, en consecuencia, reenviar el asunto al tribunal de origen para que vuelva a expedirse mediante un pronunciamiento conforme a derecho.

V

En lo que respecta al fondo del asunto, cabe recordar que en la decisión de primera instancia se negó la autorización requerida por los actores con base en la interpretación de las normas constitucionales y convencionales con igual jerarquía que garantizan el derecho a la vida. De acuerdo con el criterio de la magistrada, leído a la luz de tales normas, el artículo 19 del Código Civil y Comercial dotaría de “protección y derechos” a los embriones humanos, “sin distinguir dónde se encuentre[n]”, lo que importaría la prohibición de descartar los no implantados, al menos hasta la sanción de la ley a la que alude la cláusula transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26.994, “en cuyo debate parlamentario, con la intervención de distintas voces, habrán de intercambiarse criterios y valores” (cf. sentencia del 14 de julio de 2021, págs. 8 y 9).

La cámara, en cambio, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, entendió que la cuestión de fondo estaba resuelta por la aplicación al caso de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como la enunció al pronunciarse *in re* “Artavia Murillo”, en cuanto a que a los embriones *in vitro* no se les aplicaría “la protección derivada del derecho a la vida prevista en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (cf. sentencia del 21 de octubre de 2021, considerando XII).

La decisión así adoptada sobre esa base sólo reconoce un fundamento aparente que no brinda adecuada respuesta a la cuestión planteada y priva al fallo del sustento exigido por la Constitución Nacional para asegurar su validez como acto jurisdiccional.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En efecto, en el precedente internacional que el *a quo* invoca, el tribunal interamericano juzgó que la prohibición absoluta de todo tratamiento de fertilización *in vitro*, que había dispuesto la sala constitucional de la Corte Suprema costarricense con fundamento en que su desarrollo conculcaría derechos de los embriones humanos así producidos, configuró una violación de los derechos “a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia” de las personas que requieren de esa técnica de reproducción. Asimismo, consideró que, en el caso examinado, la proscripción total tuvo efectos discriminatorios, al impactar de modo “diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica” (cf., en especial, párrs. 314/317).

La corte interamericana concluyó, tras una interpretación exhaustiva del artículo 4.1 de la convención, que los embriones humanos no implantados no están comprendidos en los términos de esa regla, ni en la protección gradual e incremental de la vida prenatal que el tribunal deriva de ella (cf. párrs. 264 y 315), aunque los Estados parte pueden, por cierto, ofrecer una protección mayor al mínimo asegurado en el tratado, como el Estado demandado en ese procedimiento alegaba haber brindado. Sin embargo, el tribunal de derechos humanos evaluó que una ponderación entre, por un lado, la severidad de la limitación de los derechos fundamentales que había producido en aquel caso la prohibición absoluta de los tratamientos de fertilización *in vitro* —en especial, a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia— hacia las personas para quienes ese era el único tratamiento posible de la infertilidad y, por otro, el impacto muy leve que la medida tendría para la protección de embriones, medido en términos de la pérdida embrionaria comparada con la de los “embarazos naturales” (cf. párrs. 305/313), llevaba a la conclusión de que la alegada “protección absoluta del embrión [. . .], al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia” (párr. 316).

El *sub examine* contrasta radicalmente con la disputa resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que está en juego aquí no es la disponibilidad de los tratamientos de reproducción médicamente asistida, que están asegurados en nuestro derecho positivo por la ley 26.862 y el decreto 956/2013, sino sólo el procedimiento que ha de seguirse para determinar el destino de los embriones criopreservados remanentes, una vez que quienes requirieron su conformación han perdido voluntad procreacional.

El juzgado de primera instancia —más allá de su criterio acerca de la autoridad normativa de la interpretación de la corte interamericana sobre las cláusulas de la convención— entendió en definitiva que el estatus personal o, al menos, incierto, de los embriones humanos no implantados obligaría a preservarlos, que la intervención judicial previa aseguraría esa protección, y que ello no conculcaría derechos de los actores “a la libertad reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad y autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”, para lo cual destacó la posibilidad de donación con fines reproductivos que contempla la legislación vigente (cf. sentencia del 14 de julio de 2021, considerando IV).

El *a quo* se limitó, a este respecto, a defender la autoridad vinculante de la interpretación de la corte interamericana del citado caso “Artavia Murillo”, en cuanto a que el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sería inaplicable a los embriones humanos no implantados, sin indagar no sólo si el derecho local establece otros deberes de protección independientes de esa regla, o incluso del reconocimiento del derecho a la vida o de cierto estatus personal, sino cuáles serían los otros derechos o intereses protegidos que podrían verse afectados por un eventual condicionamiento a la pretensión de descartar los embriones sobre cuya suerte gira este proceso.

Es indiscutiblemente verdadero que si, en contra de lo que postula la cámara, se extendiera el reconocimiento del derecho a la vida a los embriones *in vitro*, ello tendría por cierto consecuencias para las partes del contrato de criopreservación; en particular, daría fundamento a la imposición de deberes que limitarían su libertad de disponer, a su antojo o discreción, de la suerte de los embriones no implantados.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Ahora bien, es igualmente verdadero que no todos los deberes u obligaciones jurídicas que constriñen la libertad de las personas son el correlato de derechos de otras, o encuentran en tales derechos su fundamento o razón de ser. Por ello, negar a los embriones humanos no implantados la titularidad de derechos —como lo hace la sala *a quo* sobre la base de la doctrina del citado precedente “Artavia Murillo”— no equivale a negar también, sin dar ulteriores razones, la existencia de posibles deberes de protección, con independencia de que lleguen a garantizárseles ciertos derechos.

De hecho, la fiscalía ha invocado deberes de esa naturaleza —esto es, no necesariamente correlacionados con el reconocimiento de derechos— a partir de la norma transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26.994, que presupone tales deberes, cuya regulación explícita el Congreso de la Nación ha diferido para una ley especial que, sin embargo, no ha sancionado aún. Igualmente, el mismo presupuesto subyace a otras normas del derecho civil también invocadas por el recurrente —en especial, los artículos 57 y 2279 del Código Civil y Comercial—.

Sin perjuicio de lo que sostendré más adelante en este dictamen acerca de la naturaleza y el alcance de estos deberes de protección, sobre la base de lo dicho hasta aquí ya es posible postular que, al denegar la pretensión de este Ministerio Público, esgrimiendo como razón decisiva la carencia de derechos de los embriones no implantados —o, más específicamente, la inaplicabilidad a su respecto del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— el *a quo* ha puesto fin al reclamo mediante una decisión que carece de la motivación idónea para darle sustento, lo que la invalida a la luz de la jurisprudencia de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias, según la cual son nulos los fallos privados de fundamentación suficiente, así como los que omiten valorar planteos de las partes conducentes para la resolución del caso (cf., entre tantos, Fallos: 268:266, 314:685, 321:2990).

VI

Sí, como en el precedente regional invocado, la sala juzgó que el reconocimiento de un estatus personal a los embriones no implantados —o de otros deberes de

protección— importaba la afectación de derechos fundamentales de los actores, era decisivo para la solución del asunto mostrar fundadamente este extremo. Empero, en ese sentido, afirmó apenas que discrepaba con lo postulado por la magistrada de la instancia anterior en lo referido a la implicancia de la posibilidad de donación de los embriones con fines reproductivos para una eventual afectación de derechos de los actores.

La cámara estimó que “no habiendo las partes elegido esa posibilidad en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, no puede predicarse que por existir la alternativa de la donación, lo decidido en la instancia de grado no vulnera los derechos ya enumerados precedentemente” (cf. sentencia del 21 de octubre de 2021, considerando XV).

Según lo pienso, en sus considerandos, y sobre la base de una inteligencia esencialmente contractual de lo oportunamente convenido por las partes, el *a quo* presupone lo que, en cambio, debía demostrar, tanto en lo referido a la ausencia de deberes de protección de los embriones no implantados, como a los derechos de los actores con los que interferiría una decisión judicial de condicionar o impedir el descarte.

A este respecto, y sin que esto importe abrir juicio acerca de la sustancia de las posiciones en disputa, si bien resulta inteligible la afirmación de la magistrada de primera instancia en cuanto a que la disponibilidad de la facultad de donar los embriones remanentes neutralizaría alguna posible vulneración de derechos de los actores —al sólo efecto de ejemplificar, las que conllevaría la imposición de una obligación de transferirlos a su propio cuerpo, o incluso de solventar los costos de la criopreservación *sine die*— no encuentro explicación, ni la ofrece, por cierto, la sala, para la afirmación de que el ejercicio efectivo de esa facultad, mediante un rechazo libre e informado de la opción de donación, contradiría o refutaría de algún modo esa tesis de la jueza de grado, más aún ante los términos eventuales en que fue formulada.

Ese déficit argumental en la afirmación crucial de que lo resuelto en la instancia previa violaría o interferiría con derechos fundamentales de los actores, priva por sí de validez al pronunciamiento impugnado a la luz de la ya referida doctrina de V.E. según la cual son nulos los fallos privados de fundamentación suficiente.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

VII

Finalmente, el argumento tendiente a demostrar la arbitrariedad de la resolución apelada requiere, tal como lo señala el Ministerio Público en su presentación, plantear la cuestión de si concurren, junto con los derechos invocados por los demandantes, deberes de protección de los embriones no implantados. Esa cuestión de fondo fue llevada a conocimiento del *a quo*, pero mediante una fundamentación sólo aparente eludió su tratamiento, vicio que también priva al pronunciamiento de las condiciones necesarias que ha de observar todo acto jurisdiccional válido.

En mi parecer, y más allá de los defectos de motivación que he destacado en las secciones anteriores, la ausencia de una ley del Congreso de la Nación que regule específicamente la cuestión de la disposición final de los embriones remanentes del tratamiento de reproducción médicamente asistida —salvo el caso de la donación con fines reproductivos sí previsto en la legislación— no permite asumir sin más que su descarte está dentro del espacio de libertad reservado por el artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto garantiza que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En el derecho argentino es aún incierto cuál es el estatus normativo de los embriones humanos no implantados y esa incertidumbre se debe precisamente, en mi opinión, a la influencia de una interpretación amplia de las normas federales que garantizan protección para la vida humana desde su concepción, asegurando el mayor alcance y el mayor peso razonablemente posible en caso de conflicto con otros derechos o intereses protegidos, e incluso extendiendo sus efectos de alguna manera, y más o menos difusamente, más allá de los márgenes de la vida personal.

La predominancia de esa lectura amplia se advierte en muchos indicadores del derecho nacional: entre otros, precedentes jurisprudenciales como el registrado en Fallos: 325:292, la historia legislativa del artículo 19 del Código Civil y Comercial, los términos del debate parlamentario que dio lugar a la ley 27.610, de acceso a la interrupción voluntaria

del embarazo, y en especial, en relación con lo que aquí respecta, el compromiso legislativo enunciado en la cláusula transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26.994.

Es, por cierto, al Congreso de la Nación a quien compete, particularmente en una materia tan controversial y, a la vez, de tanto impacto para la vida social, completar los aspectos faltantes de la regulación de la reproducción médicamente asistida, fijar con precisión los alcances de la protección que corresponde brindar a los embriones remanentes de los tratamientos de fertilización *in vitro* y poner fin así a la actual situación de incertidumbre.

Ahora bien, al emprender tal tarea, esa labor legislativa no operaría sobre un vacío normativo; sino que las normas federales que rigen en materia de protección de la vida humana, en virtud de la persistencia de su interpretación amplia, establecen algunas limitaciones que la regulación no podría válidamente desoír. Esos límites, que podrían privar de su vigor constitucional a una eventual legislación que los infringiera, conforman, en mi entender, el contenido mínimo, constitucionalmente asegurado, de los compromisos o deberes de protección en los confines de la vida humana.

Vale recalcar que no pretendo ofrecer aquí una respuesta acabada sobre esta delicada cuestión, sino tan solo completar la atribución de arbitrariedad que da motivo al recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, al mostrar que el *a quo* no pudo presuponer razonablemente que la ausencia de la ley a la que hace alusión la cláusula transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26.994 importa la existencia de un vacío normativo total, en el que los actores y la clínica podrían determinar por el mero “ejercicio de la autonomía de su voluntad”, como afirma la cámara, la suerte de los embriones remanentes.

En efecto, aun si, como lo mantiene la sala, en línea con la lectura del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que toma del precedente regional *in re* “Artavia Murillo”, antes de la implantación en el útero de una persona gestante, los embriones humanos son entidades que carecen de derechos o del estatus personal del artículo 19 del Código Civil y Comercial, la fuerza expansiva de la interpretación amplia de esas normas tendría de todas maneras consecuencias, tales como, por ejemplo, vedar atribuirles los caracteres normativos propios de las cosas muebles, sobre las que recaen derechos de



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

posesión y dominio, u obligar a decidir su descarte como medida de última instancia, cuando su conservación es absurda o irrazonable, y asegurando procedimientos cuidadosos y que guarden un debido decoro. Ignorar esas consecuencias —entiendo— entraría en franca tensión con la interpretación amplia y vigorosa de las normas federales en cuestión, desoyendo el fundamento o espíritu de la lectura que le da sentido.

En otras palabras, de conformidad con esa inteligencia de sus fundamentos, y de la protección gradual e incremental que se deriva de ella, incluso si las normas federales que garantizan la salvaguarda de la vida humana tienen en el derecho argentino el alcance estricto que el *a quo* observa, ellas inexorablemente extienden sus efectos normativos, imponiendo algunas restricciones a la manipulación de los embriones humanos, aun antes de su implantación. Como he afirmado en los párrafos anteriores, es el Congreso de la Nación el órgano al que compete precisar el contenido de los deberes relativos a tales entidades; pero algunos límites pueden considerarse a pesar de la ausencia de esa legislación, límites que si fueran infringidos por esa eventual regulación positiva comprometerían su validez constitucional. Como he sugerido, tales resguardos mínimos son los derivados de la necesidad de conciliar el régimen que se adopte con la fundamentación predominante, amplia y potente, de las normas que garantizan la protección de la vida de las personas. Sólo a título de ejemplo, he dicho que figuran entre estas restricciones el no brindarles a los embriones no implantados el estatus de las cosas sometidas al dominio de otros, o la obligación de extremar los cuidados a la hora de decidir su descarte, o adoptar procedimientos adecuadamente decorosos para hacerlo, entre otras.

Ante la ausencia de un procedimiento sancionado legislativamente que asegure, en general, las condiciones de esa protección con las herramientas propias del legislador, es natural que se recurra a un proceso judicial que la brinde caso por caso. El mecanismo del control judicial previo es indiscutiblemente ineficiente; mas ante la falta de un marco regulatorio encuentro razonable, como en definitiva lo han hecho con prudencia los actores y la clínica en estas actuaciones, acudir a la administración de justicia a efectos de resguardar

la obligación de no dejar librada la suerte de los embriones humanos al antojo de otras personas.

En definitiva, soy de la opinión de que el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad al dar por resuelta la cuestión de fondo con poco más que una cita jurisprudencial ineficaz para decidir la controversia, y dejar así sin respuesta la demanda fundada acerca de si —y en qué medida— corresponde garantizar alguna protección para los embriones no implantados remanentes de los tratamientos de fertilización *in vitro*, cuando ha cesado a su respecto la voluntad procreacional de quienes requirieron esa asistencia profesional. Pretender, como lo ha hecho la cámara, que el asunto viene decidido por la doctrina interamericana del caso “Artavia Murillo” y que, por lo demás, y sin otro argumento, el derecho federal argentino en materia de protección de la vida no tiene ningún impacto en este campo y que no hay en la pretensión en disputa materia alguna que justifique la intervención judicial constituye, en mi entender, un supuesto claro de decisión infundada desprovista de las condiciones necesarias de los actos jurisdiccionales válidos a que todas las partes tienen un derecho constitucionalmente garantizado.

VIII

Por todo lo expuesto, y con el alcance que he dado a la cuestión en este dictamen, mantengo la queja deducida por el representante de este Ministerio Público Fiscal y solicito a V.E. que declare procedente el recurso extraordinario interpuesto, revoque la sentencia impugnada y reenvíe las actuaciones a la cámara para que dicte una nueva con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 11 de agosto de 2023.