

¿*Quo vadis*, Argentina? El descarte de embriones humanos en la reciente legislación proyectada y jurisprudencia.

Publicado en Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Edit. Erreius.
Dir. Jorge Berbere Delgado. Año 2021. Diciembre 2021.

Silvia Marrama¹

VOCES. TRHA. Estatuto del embrión congelado. Embrión congelado como niño y como paciente. Descarte de embriones. Investigación con embriones. Adopción de embriones. Superior interés del niño en situación de adoptabilidad. Consentimiento informado. Acceso a la justicia. Situación de vulnerabilidad. Discapacidad y discriminación. Artavia Murillo. F.A.L. Ley de aborto.

Índice.

1. Introducción.

2. Proyectos de ley argentinos sobre descarte de embriones

2.1. Proyecto de ley N° 2461-D-2021

2.1.1. Protección del embrión fuera del útero

2.1.2. Desprotección del embrión fuera del útero

2.2. Proyecto de ley N° 5353-D-2019

2.2.1. Limitación de daños

2.2.1.1. El embrión es un paciente

2.2.1.2. El embrión congelado es un niño

2.2.2. Cosificación eugenésica

2.2.3. Prohibición de discriminación arbitraria

2.2.3.1. Discriminación por defectos congénitos

2.2.3.2. Discriminación por inviabilidad sobreviniente

2.2.4. El congelamiento de embriones como acto ilícito

2.2.5. Adopción prenatal de embriones

2.2.5.1. Adopción prenatal, consentimiento informado y superior interés del niño

3. Jurisprudencia argentina sobre descarte de embriones

3.1. R. G. J. y otro/a, y C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial

3.1.1. Revocación del consentimiento informado

3.1.2. Categorías de personas por nacer

3.1.3. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante

3.1.3.1. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante para los jueces

3.1.3.2. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante para los legisladores

¹Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria, y Profesora interina de Legislación Agraria y de Ética y Deontología en la Universidad Nacional de Entre Ríos (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Postgrado y Doctorado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>

- 3.1.4. La doctrina de Artavia Murillo no es pacífica
- 3.2. F. B. y S. s/divorcio bilateral
 - 3.2.1. Arbitrariedad en la fundamentación del estatuto jurídico del embrión congelado
 - 3.2.2. Acceso a la justicia de los embriones congelados
 - 3.2.3. F.A.L. y ley de aborto: ¿a mayor vulnerabilidad, mayor desprotección?
- 4. A modo de conclusión

Al Dr. Héctor H. Hernández (+12/10/2021)

1. Introducción

En este trabajo analizaré recientes proyectos de ley y sentencias argentinas que autorizan la utilización para investigación y el descarte de embriones humanos que viven fuera del útero.

2. Proyectos de ley argentinos sobre descarte de embriones

2.1. Proyecto de ley N° 2461-D-2021

El 6 de junio de 2021 se presentó por Mesa de Entradas de la Cámara de Diputados de la Nación un nuevo proyecto de ley sobre descarte de embriones, que lleva el N° 2461-D-2021, titulado “Régimen de protección del embrión no implantado”, publicado en Trámite Parlamentario N° 68/2021.

2.1.1. Protección del embrión fuera del útero

El proyecto tiene por objeto regular la “protección” del embrión que vive fuera del útero, y establecer su régimen jurídico en supuesta concordancia con lo dispuesto por el Código Civil y Comercial (CCyC) y por la ley N° 26.862/2013.

Por su parte, el art. 4 establece que “El embrión *in vitro* es objeto de protección según las disposiciones de la presente ley y normas complementarias, de conformidad con el desarrollo de la ciencia. Se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar”, y el art. 5 prohíbe la comercialización de embriones, la generación de embriones “con el objetivo deliberado de ser utilizados sin fines reproductivos ni terapéuticos”, y la extracción y fecundación *post mortem* de material genético.

2.1.2. Desprotección del embrión fuera del útero

Sin embargo, la utilización en el título del proyecto N° 2461-D-2021 de la expresión “protección del embrión no implantado” y en el art. 4 de la expresión “El embrión *in vitro* es objeto de protección”, es un eufemismo que intenta enmarcarlo en el mandato de la cláusula segunda del art. 9 de la ley N° 26.994/2014, aunque sus disposiciones contradicen su título.

En efecto, el proyecto cosifica a los embriones al establecer que quienes han prestado su consentimiento informado para la “conformación” de los embriones son sus “titulares”, o bien revisten tal condición las personas a quienes aquellos se los hayan donado (cfr. art. 7). En su condición de titulares de dominio sobre los embriones, mediante consentimiento informado pueden decidir entre cuatro destinos autorizados por la norma, entre los que se cuentan su utilización para investigación y “el cese de su crioconservación”, es decir, su descarte (cfr. art. 10).

La cosificación de los embriones también se aprecia en la regulación del “contrato de donación” de embriones (cfr. art. 10 inc. b y c y Título III del proyecto) y en la calificación que realiza el proyecto de los “embriones viables no transferidos” como “sobrantes” (cfr. v.gr. art. 9, 11 y 22 *in fine*).

Además, el proyecto discrimina eugenésicamente a los embriones clasificándolos en viables e inviables (cfr. art. 8), y prohíbe a los últimos cualquier chance de vida, al establecer como único destinos posibles su utilización para investigación o su descarte (cfr. art. 14).

Similar gravedad revisten las normas proyectadas que autorizan que no sólo los embriones “no viables o portadores de anomalías graves en casos de evaluación genética preimplantatoria” sino también los embriones “viables criopreservados sobrantes” sean donados con fines de investigación (cfr. art. 10 inc b y Título IV del proyecto), lo que conlleva su muerte provocada. Más allá de los principios que el proyecto establece en su art. 23 a modo de límite, lo cierto es que la investigación científica para la cura de enfermedades sólo es lícita en tanto los medios que utilice también lo sean, y nunca puede constituir un medio lícito la muerte provocada de un ser humano².

También se impide continuar viviendo a embriones “viables” y sanos. En efecto, el art. 34 prohíbe expresamente que “los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía” sean “donados a otras parejas con fines reproductivos”, y determina que su único destino posible es su utilización para investigación o su descarte.

En palmaria contradicción con el principio de progresividad o no regresión del derecho a la vida³, el art. 10 *in fine* determina que “En el caso de un proyecto parental conjunto que compromete embriones sobrantes, los titulares deben estar de acuerdo sobre su destino... En caso de modificación del destino de los embriones, esto debe ser acordado por todas las personas titulares de los embriones afectados. En caso de desacuerdo, serán destinados a investigación”. La aplicación del principio de progresividad del derecho a la vida hubiese indicado como destino la “utilización” por al menos uno de sus “titulares para posteriores tratamientos” o bien “ser donados con fines reproductivos”. Igual crítica cabe respecto del art. 12, que dispone la utilización de embriones para investigación en los casos de vencimiento del plazo de congelamiento y silencio de sus “titulares”.

Por otra parte, el proyecto regula en el “Título VI” el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). El art. 30 trasluce la voluntad del legislador de limitar su utilización mediante el establecimiento de tres finalidades en la realización de la técnica por parte de los centros habilitados, límites susceptibles de ser ampliados a discreción por la autoridad de aplicación, de conformidad con las facultades que le otorga el art. 31. Empero, las limitaciones proyectadas no salvan las objeciones jurídicas a la práctica del DGP, que conlleva directa o indirectamente la muerte de embriones⁴.

En el Título V. Embriones histocompatibles, se autoriza la fecundación terapéutica para terceros “para la donación de células de cordón umbilical, de médula ósea o de otros tejidos, exceptuándose órganos” (cfr. art. 25), técnica objetable desde un punto de vista moral y jurídico⁵.

Por razones de brevedad, remito al lector al análisis crítico profundizado que efectué respecto

²Cfr. Marrama, S. E. Embriones humanos producidos a partir de células de la piel : Aplicación del principio precautorio [en línea] Centro de Bioética, Persona y Familia. Buenos Aires : 2021. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11370>

³ Cfr. Marrama, S. E. Principio de no regresión en los derechos humanos y el derecho a la vida [en línea] El Derecho. 2008, 229 (733). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11300>

Marrama, S. El acceso a la justicia de la persona por nacer que existe fuera del útero materno [en línea]. Anales. Institutos. 2019, 46. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11078>

⁴Cfr. Lafferrière, J.N. Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio [en línea]. Derecho de Familia y de las Personas 2014 (octubre), 163. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9014>

Lafferrière, J.N. La Proyecciones del artículo 19 sobre el diagnóstico genético preimplantatorio y la eugenesia [en línea]. El Derecho Familia 65/-3, 2015. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8975>

Marrama, S. E. El paradigma protectorio de las personas con discapacidad [en línea]. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. 2015, (octubre). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12193>

⁵Cfr. Fecundación terapéutica para terceros en Marrama, S. E. ¿Un mundo feliz? : Consideraciones sobre la dignidad, vida y salud de los niños concebidos artificialmente [en línea] En: Chiesa, Pedro J.M.; Marrama, Silvia; Villafaña, Federico; El regreso de la cigüeña: fecundación in vitro y encarnizamiento terapéutico, (Santa Fe, 2014). Edit. Logos. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11136>

de disposiciones similares contenidas en los proyectos de ley N°1441-D-2019⁶, N° 0581-D-14 y N° 4058-D-14⁷, así como del proyecto de ley N° 101/14⁸, y las que realizaré en este trabajo a continuación, dado que resultan aplicables a las regulaciones proyectadas en el texto del N° 2461-D-2021.

En resumen, parafraseando el título de otra publicación⁹, las normas del proyecto de ley N° 2461-D-2021, con pretensión de revestir el carácter de orden público (cfr. art. 39), convierten al embrión que vive fuera del útero, “de tutelado -en el título del proyecto- a condenado a muerte -en sus disposiciones-”, condena que contará -de sancionarse el proyecto- con cobertura integral y gratuita por parte del sistema de salud (cfr. art. 35).

2.2. Proyecto de ley N° 5353-D-2019

2.2.1. Limitación de daños

Por su parte, el proyecto de ley N° 5353-D-2019 “Regulación de la criopreservación de gametos y embriones para las técnicas de alta complejidad de reproducción médicamente asistida, en virtud de la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Creación del Registro único de embriones en situación de adoptabilidad”, publicado en Trámite Parlamentario N° 175/2019, de autoría del Diputado Gustavo Bevilacqua, trasluce la loable intención de disminuir los daños que causan¹⁰ las técnicas de fecundación artificial¹¹.

En efecto, propone limitar a tres la cantidad de embriones a producir para transferencia (cfr. art. 7); establecer un límite de un año -prorrogable- a contar desde la unión de los gametos, para que se realice la transferencia de los embriones congelados (cfr. art. 8); prohibir la fecundación *post mortem* (cfr. art. 11 inc. c), la comercialización, la fabricación¹² de embriones sin fines reproductivos

⁶Cfr. Marrama, S. E. Análisis del proyecto de ley de protección de embriones no implantados [en línea] El Derecho. 2019, 282. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11254>

⁷Cfr. Marrama, S. Análisis del proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la ley n° 26.862, de la constitución nacional y de los principios internacionales que rigen la materia [en línea]. Anales. Institutos. 2014, 41. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11079>

Marrama, S. E. Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014 [en línea] El Derecho. 2014, 259 (13.580). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11282>

Marrama S. E. Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos [en línea] El Derecho. 2015, 261. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11157>

⁸Marrama, S. E. Violencia biotecnológica : análisis del proyecto de ley 101/14. [en línea] El Derecho. 2016, 268 (890). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11327>

⁹Cfr. Marrama, S. De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida [en línea]. El Derecho. Política criminal. 2012, 247 (844). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11322>

¹⁰Cfr. Marrama, S. E. Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga [en línea] El Derecho. 2016, 270 (14097). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11325>

Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Cap. III y VI. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135>

Marrama, S. E. Dos campanas que retienen: alterum non laedere : ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo? [en línea] El Derecho. 2011, 243 (12770). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11257>

¹¹ Respecto de la terminología empleada, “fecundación artificial”, responde a la utilizada por la Conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (San Miguel de Tucumán, 29 de setiembre a 1 de octubre de 2011). Ver Marrama, S. E. Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862 [en línea] El Derecho, 2013, 13.359. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11154>

Marrama, S. E. La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria [en línea] Microjuris, 2014. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11138>

¹² Respecto del término “fabricación” para referirme a los embriones, cfr. Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Disponible en:

-aunque permite su fabricación con fines terapéuticos para terceros-, y la clonación (cfr. art. 11 inc. a, b y d), entre otros.

2.2.1.1. El embrión es un paciente

El trasfondo de la intención de limitar daños es la laudable consideración, en los fundamentos del proyecto, del embrión como paciente, dado que, en general, los proyectos de ley y jurisprudencia referidos a las técnicas de fecundación artificial se refieren exclusivamente al derecho a la salud de los requirentes de las técnicas, y no de los embriones¹³. Los fundamentos del proyecto refieren al respecto que “el avance y desarrollo tecnológico han permitido el acceso cada vez más directo al embrión y al feto, considerándose actualmente al feto como paciente”, y que “existe una nueva orientación e impulso a la medicina embriofetal en sus vertientes diagnóstica y terapéutica, con el aporte de la genética, la biología molecular y el laboratorio clínico. La medicina fetal debe estructurarse como un elemento más dentro de un esfuerzo global tendiente a seguir disminuyendo la mortalidad infantil por la vía de mejorar la equidad en la entrega de atenciones de salud a la población”.

Comparto la afirmación del legislador: el embrión es un paciente, y añado que es un paciente menor de edad, un niño.

2.2.1.2. El embrión congelado es un niño

Los embriones son -jurídicamente- niños, ya que, por el principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la parte dogmática de la Constitución Nacional, todo ser humano es niño desde la concepción hasta los 18 años de edad¹⁴.

La utilización del término “niño” para referirse al ser humano no nacido no es original de la Constitución Argentina. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en oportunidad de pronunciarse respecto de la utilización de embriones humanos para fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, empleó una expresión análoga en la Recomendación N° 1046/1986¹⁵. En efecto, en las “Normas que rigen el uso de embriones y fetos humanos, y la extirpación de sus tejidos con propósitos diagnósticos y terapéuticos” prohíbe toda intervención “en embriones vivos e in-vitro o in-utero o en fetos dentro o fuera del útero, a menos que el objetivo sea el bienestar del **niño por nacer** y su mejor desarrollo” (el resaltado me pertenece, cfr. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación N° 1046/1986, Anexo A inc. A y B inc. b).

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y garantiza el derecho intrínseco a la vida de todo niño (art. 6.1) y prohíbe toda forma de abuso (art. 19 inc. 1) y discriminación (art. 24 inc. 1).

El proyecto de ley bajo análisis establece un límite de un año -prorrogable- a contar desde la unión de los gametos, para que se realice la transferencia de los embriones congelados (cfr. art. 8), pero no prohíbe la práctica de su congelamiento. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los estados parte el mandato de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.2), disposición aplicable -por lo antes explicado- a los embriones congelados. Me pregunto entonces si la autorización legislativa y jurisprudencial de la

<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135> pág. 101 ss.

¹³ Al respecto, cfr. Marrama, S. Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar [en línea]. El Derecho. Diario. 2011, 244 (933). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11320>

Marrama, S. E. Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga [en línea] El Derecho. 2016, 270 (14097). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11325>

¹⁴Cfr. Lafferrière, J. N. (2017), La protección de la persona por nacer en el derecho argentino. En U. C. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon y J. N. Lafferrière. (Dirs.). Tratado de la vulnerabilidad (pp. 151-158). Buenos Aires, Argentina: La Ley. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8835>

¹⁵ Cfr. Barra, R. C., La protección constitucional del derecho a la vida, (Buenos Aires, 1996). Edit. Abeledo Perrot, pág. 47, nota 54.

práctica del congelamiento de embriones, que este proyecto de ley reafirma, cumple con el compromiso estatal de garantizar la supervivencia “en la máxima medida posible” de estos niños en estado de desarrollo embrional. Una respuesta afirmativa resulta, a mi juicio, antijurídica.

2.2.2. Cosificación eugenésica

A lo mencionado en el párrafo anterior, cabe agregar que, pese las laudables intenciones del legislador, las disposiciones del proyecto de ley N° 5353-D-2019 no escapan a la lógica cosificadora y eugenésica que constituye el trasfondo de los proyectos citados en el punto 2.1. de este trabajo, dado que autoriza que los embriones que califica como “no viables” sean utilizados en investigación, como material terapéutico para terceros, o que se los descarte (cfr. art. 9).

2.2.3. Prohibición de discriminación arbitraria

Al respecto, cabe tener presente que el derecho constitucional argentino veda la acepción de personas, proyectada mediante la distinción entre embriones viables e inviables, y entre embriones producidos “con fines reproductivos” y embriones fabricados “con fines terapéuticos” (cfr. art. 11 inc. b). La dignidad de todo concebido y la prohibición de acepción de personas conlleva la prohibición de instrumentalización de los embriones¹⁶, ínsita en el proyecto.

Ello así, el art. 9 no resiste un test de constitucionalidad respecto del derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación por razones de salud (cfr. arts. 16, 37 y 75 incs. 2, 19 y 22 de la Constitución Nacional -CN-).

El art. 16 CN constituye un mandato para el legislador de eliminar toda discriminación arbitraria y garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (cfr. art. 75 inc. 23 CN), dentro de los cuales quedan comprendidos los embriones congelados.

Cabe tener presente que la Ley N° 25.280/2000 de aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entiende por “discriminación” contra las personas con discapacidad, toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales (cfr. art. 1.2). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada mediante Ley N° 26.378/2008) establece como principio general la no discriminación (cfr. art. 3-b), y reconoce el respeto por la diferencia, aceptando la diversidad y la igualdad de oportunidades (art. 3 - d y e). En su Preámbulo reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. La Convención protege de manera especial a las mujeres, niños y niñas con discapacidad (art. 6 y 7), al igual que la Ley N° 26.061/2005 (cfr. art. 28).

2.2.3.1. Discriminación por defectos congénitos

El proyecto N° 5353-D-2019 intenta limitar la muerte de embriones que su art. 9 autoriza, mediante el acotamiento de la facultad de la autoridad de aplicación para reglamentar los casos de embriones no viables a “sólo a aquellas patologías o defectos congénitos que sean incompatibles con la vida intrauterina” (art. 9 *in fine*).

¹⁶Cfr. Marrama, S. E. “La instrumentalización de los niños” : nota a fallo “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Expediente N° 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008 [en línea]. Gladius. 2009, 26 (76). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12192>

Fecundación terapéutica para terceros en Marrama, S. E. ¿Un mundo feliz? : Consideraciones sobre la dignidad, vida y salud de los niños concebidos artificialmente [en línea] En: Chiesa, Pedro J.M.; Marrama, Silvia; Villafañe, Federico; El regreso de la cigüeña: fecundación in vitro y encarnizamiento terapéutico, (Santa Fe, 2014). Edit. Logos. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11136>

Dado que esta disposición se encuentra en abierta contradicción con las afirmaciones respecto de la condición de paciente que revisten los embriones (cfr. punto 2.2.1.1. de este trabajo), el legislador recurre al argumento de autoridad para fundarla. Así, menciona que “La 63a Asamblea de la Organización Mundial de la Salud ha reconocido que los defectos congénitos constituyen un problema de salud pública. En su declaración final señala “... La labor destinada a reducir la incidencia y la mortalidad ligadas a anomalías congénitas es indisoluble de los esfuerzos por cumplir la meta correspondiente al cuarto Objetivo de Desarrollo del Milenio, esto es, reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de los niños menores de cinco años”.

Sin embargo, las interpretaciones de la OMS sobre las metas de Desarrollo del Milenio, no constituyen derecho positivo vigente en Argentina ni resultan vinculantes. Más allá de ello, su utilización en los fundamentos del proyecto de ley N° 5353-D-2019 para sostener la licitud del descarte o utilización para investigación de los embriones que padezcan defectos congénitos es endeble y cuestionable, dado que la referida interpretación no menciona la muerte provocada de embriones como herramienta de la labor destinada a reducir la incidencia y la mortalidad ligadas a anomalías congénitas.

Sabido es que en el derecho internacional de los derechos humanos, plasmado en Argentina mediante tratados con jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 CN), la dignidad, el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentran intrínseca e indisolublemente relacionados (cfr. entre otros, art. 10 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad, que garantiza el derecho al goce de la vida en igualdad de condiciones con respecto a los demás).

En consonancia con ello, el art. 51 CCyC recuerda que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia -incluso ante “patologías o defectos congénitos incompatibles con la vida”, cfr. art. 9 proyecto de ley N° 5353-D-2019- tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad, y consecuentemente, a reclamar la prevención o reparación de los daños sufridos por el menoscabo de la dignidad personal (cfr. art. 52 CCyC). Ello es así porque la dignidad personal es el fundamento de la igualdad ante la ley (cfr. art. 16 CN) y de la consecuente prohibición de discriminación¹⁷.

2.2.3.2. Discriminación por inviabilidad sobreviniente

Por otra parte, las referidas causales establecidas en el art. 9 *in fine* del proyecto de ley bajo análisis parecen ampliarse, en una redacción confusa del art. 8 *in fine*, para los casos en que una “disposición médica” “resuelva la inviabilidad” de los embriones que hayan permanecido congelados, lo cual se explica por los daños que las técnicas de congelamiento provocan a los embriones¹⁸. Estos daños causados en su salud en virtud del congelamiento al que son sometidos, podrían ser considerados por la autoridad de aplicación como causal de inviabilidad, en los términos del art. 8 *in fine*.

La inviabilidad de los embriones se relaciona, a su vez, con la prórroga al límite temporal establecido por el proyecto para el congelamiento de los embriones. La prórroga proyectada del límite de un año -a contar desde la unión de los gametos- para que se realice la transferencia de los embriones congelados, es una prórroga *sine die*. Ello dado que el art. 8 autoriza la prórroga hasta que cesen los impedimentos “para lograr su implantación inmediata” (expresión confusa, dado que la técnica sólo puede lograr la transferencia, pero la implantación la realiza el embrión al adherirse al endometrio) o hasta que, por disposición médica, se resuelva su inviabilidad. Reitero, la técnica de congelamiento de embriones provoca daños en su salud, y en muchos casos su muerte. Y la prórroga *sine die* del

¹⁷Cfr. Marrama, S. E. El paradigma protectorio de las personas con discapacidad [en línea]. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. 2015, (octubre). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12193>

Marrama S. E. El paradigma protectorio y no discriminatorio en el Código Civil y Comercial [en línea]. El Derecho 2016, 262. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11156>

¹⁸ Respecto de los daños sufridos por congelamiento, cfr. Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135> pág. 129 y ss.

congelamiento conduce inexorablemente a la muerte de estos embriones¹⁹.

2.2.4. El congelamiento de embriones como acto ilícito

El congelamiento de embriones y su mantenimiento en ese estado, técnicas que el proyecto bajo análisis autoriza, constituyen actos ilícitos por resultar lesivos de la dignidad y derechos de los embriones (cfr. 279 CCyC), y el acuerdo al respecto que establezcan los beneficiarios de las técnicas con los centros de reproducción es un contrato de objeto prohibido por la ley (cfr. art. 1004 CCyC).

2.2.5. Adopción prenatal de embriones

Párrafos aparte merece la figura de adopción prenatal de embriones que el proyecto de ley N° 5353-D-2019 regula mediante la creación del “Registro Único de Embriones en situación de adoptabilidad” (cfr. art. 12), y la posibilidad de sujeción de los embriones a la “adoptabilidad altruista” (cfr. art. 10).

Al respecto, continúo sosteniendo que si bien la solución de la adopción prenatal de embriones que viven fuera del útero tiene el mérito de reconocer a los embriones congelados como personas, sujetos de derechos -entre ellos, el derecho de vivir, de nacer y de formar parte de una familia-, sin embargo, no se pueden ocultar los graves interrogantes que genera.

¿Acaso la adopción prenatal de embriones no trasluce los mismos criterios utilitarios y deshumanizantes que constituyen el trasfondo de las técnicas de fecundación artificial?

En efecto, v.gr., ¿se podrá evitar respecto de los embriones toda forma de selección discriminatoria preimplantacional? De hecho, el proyecto de ley N° 5353-D-2019 la impone al habilitar la distinción eugenésica entre embriones viables y no viables (cfr. art. 9) y permitir sólo la adopción de los viables. El art. 10 establece que, “en caso que se desaconseje clínicamente la transferencia de la totalidad y/o de alguno de los embriones criopreservados en los beneficiarios, luego de los plazos establecidos en el artículo 8º, con el consentimiento informado, previo y expreso de los beneficiarios, quedarán sujetos a la adoptabilidad de manera altruista”. Al respecto, los fundamentos del proyecto explican que “En la mayor parte de los casos, estos embriones proceden de parejas que se han sometido a estos tratamientos y tras haber conseguido el fin de ser progenitores deciden donar los embriones para que otros beneficiarios alcancen su objetivo. La ventaja que proporciona este sistema, es que los gametos utilizados para la fecundación han sido estudiados previamente y los embriones que se han obtenido poseen un estado de viabilidad para ser transferidos”.

2.2.5.1. Adopción prenatal, consentimiento informado y superior interés del niño

Además de supeditar a sujeción a adoptabilidad de los embriones congelados a que los estudios realizados sobre los mismos arrojen el resultado de “viables” (cfr. art. 8 *in fine* y art. 10), el proyecto bajo análisis exige la declaración de voluntad favorable de los progenitores (cfr. art. 10).

Entiendo que supeditar la sujeción a adoptabilidad de un niño congelado -situación de extrema vulnerabilidad-, que se encuentra en tal estado por decisión de sus progenitores, manifestada en el consentimiento informado de acceso a las técnicas (cfr. art. 3 del proyecto de ley N° 5353-D-2019), a un consentimiento específico de aquellos (cfr. art. 10) vulnera el principio del interés superior del niño.

El superior interés del niño es un principio que resulta de especial aplicación en materia de adopción. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) *in re S., C. S. s/adopción*: “la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 3.1– impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores... apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta

¹⁹ Respecto de la muerte de embriones por congelamiento, cfr. Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135> pág. 120 y ss.

manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”²⁰.

Reitero, el interés superior del niño congelado de nacer, “vivir y desarrollarse en una familia” (cfr. art. 594 CCyC) no puede quedar supeditado al consentimiento de los beneficiarios que decidieron someterlo a esta práctica.

De todas formas, para el caso de que prospere algún proyecto de ley que autorice legislativamente la adopción prenatal de embriones congelados²¹, o de alguna sentencia judicial que la autorice²², entiendo que continúan vigentes ciertas condiciones que señale²³ antes de la sanción de las leyes N° 26.862 y N° 26.994.

Por último, reitero que frente al problema moral y jurídico que presentan los embriones congelados, las estrategias legislativas que plantean presuntas soluciones parciales -tales como la proyectada de la adopción prenatal-, resultan ineficaces²⁴.

3. Jurisprudencia argentina sobre descarte de embriones

Algunas sentencias judiciales argentinas, en forma arbitraria, han autorizado el descarte de embriones o su utilización para investigación.

²⁰ CSJN, S., C. S. s/adopción, 02/08/2005. Fallos: 328:2870.

²¹Cfr. Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Punto 9.7.2.1. Pág. 225 y ss. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135>

Cabe recordar uno de los primeros artículos de doctrina sobre el tema: Quintana, E. M., Crioconservación y adopción de embriones, EDLA 04/10/96.

²²V.gr. La sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, A., L. y otro vs. Obra Social de Empleados Cinematográficos Mar del Plata s/ Amparo; 04/11/2010; Rubinzal Online; RC J 18154/10. El fallo hace lugar a la acción de amparo interpuesta por una pareja, y en consecuencia, condena a la obra social demandada a la cobertura total e integral de los tratamientos de fertilización in vitro ya realizados, y de dos tratamientos futuros más. Tratándose de una fecundación in vitro y habiendo probables embriones restantes, el fallo establece que: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder al inmediato congelamiento de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completo integridad; c) Deberá decretarse medida de no innovar respecto de los embriones congelados, prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones, interesando a dicho Ministerio respecto de la **eventual alternativa que pudiera existir en tomo a una posible aplicación del instituto de la adopción** a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes o para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto; d) Encomienda al Ministerio Público tutelar -conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande el congelamiento de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada. Cabe recordar que en la actualidad el Ministerio Público no interviene en casos en que se encuentren involucrados embriones que viven fuera del útero. Cfr. Marrama, S. El acceso a la justicia de la persona por nacer que existe fuera del útero materno [en línea]. Anales. Institutos. 2019, 46. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11078>.

²³Cfr. Marrama, S. E. Fecundación in vitro y derecho : Nuevos desafíos jurídicos [en línea] En: Paraná: Dictum Ediciones, 2012. Punto 9.7.2.1. Pág. 225 y ss. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11135>

²⁴Cfr. Marrama, S. E. Estrategia legislativa frente al congelamiento de embriones humanos [en línea] El Derecho. 2016, 269 (14.026) Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11335>

Marrama, S. Tutela de los derechos de los embriones: análisis del Proyecto de Ley N° 10.854 - 8280 de autoría del senador Melchiori [en línea]. El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. 2014, 52, 257 (13.488). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11321>

3.1. R. G. J. y otro/a, y C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial

Además del fallo R. G. J. y otro/a s/autorización judicial, del Juzgado de Familia N° 7 de La Plata, que he analizado en otra publicación²⁵, el Juzgado de Familia N° 8 de la misma localidad dictó una sentencia similar en autos C. M. L. y otro/a s/autorización judicial²⁶, mediante la cual se hace lugar a la autorización judicial solicitada y se ordena resolver el contrato que une a los peticionarios con la clínica en la que se encuentran congelados los embriones de la pareja. Como consecuencia de ello, se ordena el cese del congelamiento y su descarte.

3.1.1. Revocación del consentimiento informado

La sentencia entiende arbitrariamente que lo solicitado constituye una facultad de la pareja en virtud de la posibilidad de revocar su consentimiento informado hasta el momento de la implantación del embrión (cfr. arts. 560-561 CCyC). Y que esta posibilidad de revocación deja a traslucir la inexistencia de personalidad del embrión no implantado y la imposibilidad de exigir su derecho a la vida o su derecho a nacer.

He sostenido en otras publicaciones la arbitrariedad del art. 561 *in fine* CCyC, a las que me remito por razones de brevedad²⁷. Baste afirmar aquí que la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento en que se produzca la implantación del embrión vulnera su derecho a la vida y a la salud, entre otros.

El derecho constitucional a la vida de las personas concebidas mediante técnicas extracorpóreas está reconocido no sólo en los tratados de derechos humanos mencionados en los puntos 2.2.1.1. y 2.2.1.2. de este trabajo, sino que el mismo CCyC en su art. 19 afirma, sin distinciones, que la existencia de la persona humana comienza con su concepción.

Por ende, la disposición cuestionada -art. 561 *in fine* CCyC- debe interpretarse armónicamente a la luz de sus fuentes (cfr. art. 1 y 2 CCyC), en particular del principio *pro homine* o *pro personae* (cfr. art. 29 Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- y art. 6 Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-) y del principio de progresividad del derecho a la vida. En consecuencia, debe sostenerse que la posibilidad de revocación que otorga el art. 561 *in fine* CCyC, se encuentra constitucionalmente limitada en su ejercicio mientras no se haya producido la concepción en la persona.

3.1.2. Categorías de personas por nacer

Asimismo el fallo C. M. L. y otro/a s/autorización judicial afirma erróneamente, que una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 CCyC permite concluir que en sentido jurídico existen dos momentos diferentes de comienzo de la existencia de la persona humana, según se trate a) de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad, a partir de la concepción y b) para los supuestos de TRHA de alta complejidad, desde la implantación del embrión.

²⁵ Cfr. Juzgado de Familia N° 7 de La Plata (Buenos Aires). Expte N° LP-5642-2019. R. G. J. y Otro/A s/ autorización judicial, 22/04/2019 (Sentencia firme). Publicado el 20/05/2019 en eDial.com – AAB30E. La sentencia se encuentra analizada en Marrama, S. E. In dubio, contra homine [en línea]. Papers de eDial.com. 30 de mayo 2019. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11384>

²⁶ Cfr. Juzgado de Familia N° 8 de La Plata (Buenos Aires). C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial. 30/09/2019; Rubinzal Online; 50908; RC J 11023/19.

²⁷ Respecto de la afirmación de arbitrariedad de la disposición del art. 561 CCyC, ver Marrama, S. E. Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y a la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]. El Derecho. 2014, 260(13.638) Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11366> y Marrama, S. El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado [en línea]. El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. 2014, 252 (13.538, 258). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11309>

En palabras de Perrino, la sentencia pretende afirmar la existencia de dos categorías de hijos con derechos diferenciados, según sea el modo de su concepción: “hijos de primera e hijos de segunda”²⁸. Esta categorización con derechos diferenciados viola la igualdad ante la ley y la prohibición constitucional de discriminación arbitraria (cfr. art. 16 CN).

3.1.3. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante

3.1.3.1. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante para los jueces

El fallo funda sus afirmaciones en Artavia Murillo, sentencia de la Corte Interamericana que no resulta vinculante para los magistrados argentinos, tal como lo han afirmado y fundamentado diversos fallos²⁹, así como también la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil³⁰.

3.1.3.2. La doctrina de Artavia Murillo no es vinculante para los legisladores

La sentencia bajo análisis sostiene que los derechos de la pareja que petitiona la autorización judicial para resolver el contrato que los une con la clínica en la que se encuentran congelados los embriones, se han visto vulnerados por parte del Estado, precisamente por el Poder Legislativo, al no haber recogido de manera clara, precisa y contundente, la posición que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo. Asimismo interpreta que ese es el sentido que debería darse al incumplido mandato contenido en la disposición transitoria del art. 9 de la Ley N° 26.994/2014. Y por último sostiene que esta omisión legislativa, obliga a las personas que ya no desean conservar los embriones congelados a judicializar su decisión, que pertenece a su esfera íntima y a su proyecto de vida.

Me remito, por razones de brevedad, al análisis que calificada doctrina nacional ha efectuado respecto de la doctrina del caso Artavia Murillo, y a la fundamentación de la inexistencia de obligación alguna de acatamiento por parte de ninguno de los poderes del estado argentino³¹.

²⁸ Cfr. Perrino, Jorge O., Hijos de primera e hijos de segunda, en ED, 255-785. Cita Digital: ED-DCCLXXIV-245.

²⁹ Entre ellos, el analizado en Marrama, S. E. Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino [en línea]. El Derecho. 2013, 255(13.372) Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11368>

Marrama, S. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). Filosofía & Direito : um diálogo necessário para a Justiça, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>

Marrama, S. E., Tommasi, M. S. Después de “Artavia Murillo” [en línea] El Derecho. 2017, 274 (14.268). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11334>

³⁰Cfr. Conclusión Tercera, por unanimidad: “Tercero: La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”. Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, presidida por los Dres. Magdalena Giavarino; Luis Niel Puig y Julio Rivera. 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA).

³¹Cfr. Farfán Bertrán, M. L.. El caso “Artavia Murillo c. Costa Rica” a la luz de la teoría del control de convencionalidad. A propósito del debate sobre la legalización del aborto en la Argentina. Publicado en: SJA 14/11/2018, 47 - JA 2018-IV. Frank, M. I., Lafferriere, J. N., “El embrión invisibilizado ante los intereses de los adultos y los laboratorios biotecnológicos. Primer análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación in vitro y la vida humana”, en ED, 251-841. Herrera, D. A., “El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica”, en ED Política Criminal, diario n° 11.338 del 8-9-05. Lafferrière, J. N. - Tello Mendoza, J. A.. El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo". En Sup. Const- 2014 (noviembre), 71 - LA LEY 2014-F, 404 - AR/DOC/3586/2014. Lafferrière, J. N.. Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano. En DJ 05/02/2014, 21 - AR/DOC/4414/2013. Palazzo, E. L.. La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro). En DJ 07/08/2013, 5 - AR/DOC/1967/2013. Pedernera Allende, M., “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y

3.1.4. La doctrina de Artavia Murillo no es pacífica

Más allá de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -reitero- no resultan vinculantes para el Estado argentino en sus tres poderes, en aquellos casos en los que no haya intervenido, cabe tener presente que su doctrina en Artavia Murillo y Gómez Murillo no es pacífica en los tribunales denominados supranacionales. En efecto, las sentencias de los tribunales europeos resultan más tuitivas de los derechos de los embriones³². Baste recordar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Oliver Brüstle v. Greenpeace*³³ y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Parrillo v. Italia*³⁴.

3.2. F. B. y S. s/divorcio bilateral³⁵

En el marco de un divorcio bilateral en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, las partes acompañan junto con el convenio regulador, copia del contrato de congelamiento de embriones celebrado por los peticionantes con una clínica, y solicitan autorización judicial para su descarte. Con posterioridad y el marco de las actuaciones judiciales ratifican el convenio y “se pronuncian expresamente acordando como destino de los embriones criopreservados su descarte”.

El magistrado interviniente considera que el rol de los jueces en este tipo de procesos consiste en controlar que los convenios reguladores no perjudiquen, principalmente, los intereses de los integrantes del grupo familiar, ni vulneren los principios generales y el orden público, requisitos que se encontrarían cumplidos en el convenio traído a sus estrados para ser homologado.

3.2.1. Arbitrariedad en la fundamentación del estatuto jurídico del embrión congelado

Respecto de la autorización judicial solicitada por las partes para el descarte de sus embriones congelados que se encuentran en una clínica, el juez entiende que no corresponde otorgarla al respecto, fundado en el presunto vacío legal existente y en el “estatuto jurídico del embrión crioconsevado”, que se habría sido determinado en el caso Artavia Murillo, aplicable -a juicio del magistrado- en

otros vs. Costa Rica””, en *El Derecho*, 262-722 [2015]. Quintana, E. M., Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro). Comentario al fallo “Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica” – CIDH – 28/11/2012, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19E9. Fecha de consulta: 22/06/2016. Rabbi Baldi Cabanillas, R.; Fléming Cánepa, E., “El caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caeiro, S., “Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino”, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, cap. XI, pp. 551-595. Rabbi Baldi Cabanillas, R.; Fléming Cánepa, E., “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie”, 2015-3, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pp. 87-146.

³² Cfr. Marrama, S. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). *Filosofia & Direito : um diálogo necessário para a Justiça*, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>

³³ Cfr. TJEU, Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof – Alemania, *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* (Asunto C-34/10), en DO C 100, 12/10/2011.

³⁴ Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-156492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

El análisis de la doctrina del margen de apreciación nacional en el caso puede leerse en Marrama, S. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). *Filosofia & Direito : um diálogo necessário para a Justiça*, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>

³⁵ Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (Mendoza). F. B. y S. s/divorcio bilateral; 30/07/2018; Rubinzal Online; 55845/2018; RC J 3992/19.

virtud del control de convencionalidad que cabe realizar al dictar sentencia.

El fallo se funda también, sin citarlo, en “un proyecto de ley -que si bien consiguió media sanción por la Cámara de Diputados- perdió estado legislativo”. Entiendo que se trata del proyecto de ley N° 101/14³⁶. Es decir que la sentencia incurre en un exceso hermenéutico, al subsumir el caso en un precepto proyectado no vigente³⁷.

De la aplicación al caso de la doctrina no vinculante de Artavia Murillo, y de un proyecto de ley que perdió estado parlamentario, concluye el juez que los embriones no implantados son células indiferenciadas que sólo poseen un simple potencial de vida y por lo tanto que es procedente cesar en su congelamiento, con el consiguiente descarte.

3.2.2. Acceso a la justicia de los embriones congelados

El magistrado comparte en un todo y tiene por reproducido en su sentencia, el dictamen de la Subdirectora de Derechos Humanos de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, quien incumple *prima facie* su mandato al ni siquiera mencionar el acceso a la justicia que corresponde a las personas por nacer involucradas en el caso, es decir, los embriones congelados.

En cuanto al dictamen del Ministerio Público Pupilar, la sentencia lo menciona sin hacer referencia a su contenido, por lo que estimo resultó favorable a la petición de las partes, o bien se abstuvo de pronunciarse al respecto, tal como sucede habitualmente en los casos en que se encuentran involucrados embriones³⁸.

Cabe recordar que, conforme lo dispone la Ley de la provincia de Mendoza N° 8.928/2016 sobre la misión y funciones del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, a este organismo le compete primordialmente garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (cfr. art. 1) y de los sectores discriminados (cfr. arts. 9 inc. c y 12.2), velar por la protección integral de los niños, y asegurar la defensa en todas las instancias y procesos con niños, con personas con capacidad restringida y personas con discapacidad (cfr. art. 9.1 y 9.5), es decir que la tutela de los embriones congelados pertenece a la órbita de sus funciones esenciales.

3.2.3. F.A.L. y ley de aborto: ¿a mayor vulnerabilidad, mayor desprotección?

El referido dictamen de la Subdirectora de Derechos Humanos de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la corte mendocina también afirma que el fallo F.A.L.³⁹ resulta vinculante para los jueces argentinos⁴⁰, y que por tanto, “Si la propia CSJN ha dado prevalencia a los derechos de la mujer por sobre los del feto sobre la base del reconocimiento de la gradualidad, esta misma tesis se traspola o se debe traspolar en materia de embriones. Si el feto tiene menos protección que una persona, el embrión también la tiene, y, si somos consecuentes con la tesis de "a mayor viabilidad mayor protección", entonces el embrión también tiene menos protección que el feto y prevalece la autonomía de las partes”.

Las referidas afirmaciones fundadas en la tesis de “a mayor viabilidad mayor protección” son

³⁶Marrama, S. E. Violencia biotecnológica : análisis del proyecto de ley 101/14. [en línea] El Derecho. 2016, 268 (890). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11327>

³⁷ Respecto de esta causal de arbitrariedad de sentencias referidas a TRHA, cfr. Marrama, S. E. Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia [en línea] Revista República y Derecho. 2018, 3. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11084>

³⁸ Cfr. Marrama, S. El acceso a la justicia de la persona por nacer que existe fuera del útero materno [en línea]. Anales. Institutos. 2019, 46. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11078>.

³⁹ Cfr. CSJN, F.A.L. S/medida autosatisfactiva, 13/03/2012. Id SAIJ: FA12000021 Un análisis crítico de la sentencia puede leerse en Zambrano, P. y Sacristán, E.B., ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales. Jurisprudencia Argentina JA 2012-II, fascículo N° 13. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 27/06/2012.

⁴⁰ Cfr. Lafferriere, J. N. (2015). “De F.A.L. a M.A.D. : el derecho a la vida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación” : Workshop del 19 de noviembre de 2015 [en línea], Prudentia Iuris, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-vida-corte-suprema-lafferriere.pdf>

antijurídicas, dado que el ordenamiento jurídico prescribe mayor protección para las situaciones de mayor vulnerabilidad. La discapacidad es una causa predisponente determinante de la vulnerabilidad⁴¹. Y la discapacidad es la principal causal de inviabilidad de los embriones congelados denominados inviábiles en la jurisprudencia y en los proyectos de ley analizados, v.gr., por padecer alguna patología. Reitero que los embriones congelados se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

Dado que la sentencia *in re* F. B. y S. s/divorcio bilateral bajo análisis, se dictó en el marco del debate parlamentario de los proyectos de legalización del aborto en 2018, no hace referencia a la sanción de la ley de aborto N° 27.610/2021. Al respecto cabe afirmar que, al igual que sucede con el caso F.A.L., su sanción tampoco tiene la última palabra en Argentina respecto del derecho a la vida de las personas antes de nacer. Tal como lo ha señalado calificada doctrina⁴², la norma colisiona con todo el ordenamiento jurídico –constitucional⁴³, civil⁴⁴, penal⁴⁵, etc.-, al punto que se encuentran en trámite diversos planteos de inconstitucionalidad y sendos proyectos de ley que promueven su derogación y/o modificación⁴⁶.

Por lo tanto, la cuestionada ley N° 27.610 no constituye un óbice sólido para sostener la existencia de un nuevo *status* jurídico de la persona antes de nacer, ni para avanzar en la desprotección jurídica de los embriones humanos que existen extracorpóreamente, v.gr., congelados.

⁴¹Cfr. Marrama, S. E. La vulnerabilidad de algunas personas con discapacidad por autismo en la pandemia de COVID-19 [en línea]. Microjuris, 10 de mayo 2021. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12194>

⁴²En primer lugar, cito algunas de las numerosas publicaciones de quien pretendo humildemente homenajear en estas líneas: el Prof. Dr. Héctor H. Hernández, férreo y fiel defensor del derecho a la vida de la persona por nacer. V.gr. Hernández, H.H., *Salvar vidas con el Derecho Penal. Testimonio de un Defensor*, Buenos Aires, Círculo Rojo: 2018. “No matarás...”. El fallo FAL y el Exterminio, Buenos Aires, Edit. Katejon: 2020. *Matadero ministerial. El Derecho - Filosofía*, Tomo 265. Cita Digital: ED-DCCLXXV-743. *Abortismo pretoriano (en cuatro partes). El Derecho - Diario*, Tomo 189, 815 y 866; Tomo 190, 589 y 625. Cita Digital: ED-DCCLXIV-510. ED-DCCLXIV-517. ED-DCCLXIV-535. ED-DCCLXIV-539.

Otros juristas de prestigio que han calificado la ley como inconstitucional: Quintana, E.M.. *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*. ED, 278-913. Massini Correas, C.I. *Aborto e ideología*. ED 286. Cita Digital: ED-CMXIV-348. Barra, R.. *Aborto: un obstáculo constitucional*. ED, 277-393. Gelli, M.A.. *Inconstitucionalidad e inconventionalidad de los proyectos de aborto libre*. ED, 277-944. Basset, U.A.. *Mujer, aborto y derechos humanos*. ED, 277-935. Schuff, S.. *Aborto y derecho penal en Argentina*. ED, 277-962. Durand Mendioroz, J.E.. *Aborto y presiones sobre la mujer*. ED, 277-966. Barra, R.C.. *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*. ED, 278-555. Herrera, D.A.. *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*. ED, 278-918. Lafferrière, J.N. *Media sanción al proyecto de aborto libre*. ED, 278-924.

⁴³Cfr. Marrama S. E. [en línea]. *Reflexiones sobre la arbitrariedad del Proyecto de ley 230-D-2018*. *El Derecho* 2018, 277. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11159>. Basset, U.. *¿Por qué el régimen jurídico argentino resiste la legalización del aborto?* *El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, Número 97. Cita Digital: ED-MLMV-475.

⁴⁴ Cfr. Basset, U.. *El proyecto de aborto y el Código Civil y Comercial*. *El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, Número 97. Cita Digital: ED-MLMV-476.

⁴⁵ Cfr. García Mansilla, M.J., *Inconstitucionalidad de la Ley 27610*, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2021(02-febrero), Edit. Erreius.

⁴⁶ Entre ellos, el reciente fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta recaído en “F. V., M. C. y otros c/Ministro de Salud de la Nación s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° FSA 4290/2020/CA2, 27/08/2021, mediante el cual se hizo lugar a un recurso de apelación y concedió la legitimación activa a una ex legisladora y a un grupo de profesionales de la salud para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 27.610. En cuanto a los proyectos de ley que promueven su derogación, cfr. Marrama, S. *Ejercicio de la objeción de conciencia fiscal frente a la Ley 27.610 de aborto* [en línea]. *Revista Temas de Derecho Administrativo*. 2021 (Julio). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12182>

4. A modo de conclusión

El panorama parlamentario y jurisprudencial señalado en este trabajo es un botón de muestra de la creciente desprotección jurídica que sufren las personas antes de nacer en Argentina. Dado que todo ordenamiento jurídico tiende a ser coherente en sus prescripciones, a la desprotección de los embriones congelados se suman proyectos de ley y sentencias judiciales que avanzan en la desprotección de las personas más vulnerables en diversos estadios de su vida o padecimientos, v.gr. los ancianos, los enfermos terminales, los padecientes mentales.

¿Quo vadis, Argentina?