

# Doctrina de la Procuración General de la Nación sobre la protección debida a los embriones congelados frente a la solicitud de su destrucción o descarte. Análisis a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de derechos humanos.

Silvia Marrama<sup>1</sup>

Publicado en **Temas de Derecho Familia, Sucesiones y Bioética**, Abril de 2024, Edit. Erreius.

## ERREPAR:

- Instagram: [https://www.instagram.com/errepar\\_editorial/](https://www.instagram.com/errepar_editorial/)
- Facebook: <https://www.facebook.com/Errepar/>
- Twitter: <https://twitter.com/errepar>
- Blog: <https://blog.errepar.com/>
- Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreparOK>
- LinkedIn: <https://www.linkedin.com/company/errepar>

## ERREIUS:

- Instagram: [https://www.instagram.com/erreius\\_editorial/](https://www.instagram.com/erreius_editorial/)
- Facebook: <https://www.facebook.com/Erreius/>
- Twitter: <https://twitter.com/erreius>
- Sitio: [www.erreius.com](http://www.erreius.com)
- Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreiusOK>

## Índice.

1. Introducción.
2. “Recurso de Queja N.º 1 – P. A. y otro s/autorización”, CIV 7628/2021/1/RH1”.
  - 2.1. Hechos.
  - 2.2. Argumentos del Fiscal General recurrente.
  - 2.3. Dictamen del Procurador General Casal.
    - 2.3.1. Arbitrariedad de la sentencia recurrida por defecto de fundamentación.
    - 2.3.2. Protección debida a los embriones congelados.
      - 2.3.2.1. Los embriones congelados son seres humanos.
    - 2.3.3. Inaplicabilidad de “Artavia Murillo”.
    - 2.3.4. Jurisprudencia de los tribunales supranacionales sobre descarte de embriones humanos.
      - 2.3.4.1. “Parrillo v. Italia”.
      - 2.3.4.2. “Oliver Brüstle v. Greenpeace”.
    - 2.3.5. Un reciente fallo de la Suprema Corte de Alabama. “LePage v. The Center for Reproductive Medicine”.
    - 2.3.6. Derecho comparado.
3. Conclusiones.

## 1. Introducción

Diversos casos han llegado a los estrados judiciales argentinos referidos a la situación de los embriones congelados, cuando el deseo de quienes solicitaron su producción extracorpórea de conservarlos congelados o de solicitar su transferencia a un útero para su gestación, cesa, y por ende se presenta como solución el cese de su congelamiento o su destrucción, y su posterior descarte<sup>2</sup>.

---

1 Abogada-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. 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 (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Postgrado y Doctorado. Autora de un libro y de numerosos artículos, coautora en diversas obras colectivas. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>.

Uno de estos casos se encuentra pendiente de resolución en la CSJN a la fecha de elaboración de este trabajo, pero cuenta con un magistral dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Eduardo E. Casal, que intentaré glosar a continuación. La importancia del dictamen radica en su contundente fundamentación, basada en el derecho positivo vigente.

## 2. “Recurso de Queja N.º 1 – P. A. y otro s/autorización”, CIV 7628/2021/1/RH1”<sup>3</sup>

### 2.1. Hechos

El 21 de octubre de 2021 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 el congelamiento de tres embriones producidos mediante la técnica de fertilización in vitro (en adelante, FIV), por considerar que, al no estar controvertida por las partes la decisión de finalizar el contrato con la clínica donde se encuentran congelados, era innecesaria la autorización judicial, y que los actores se encontraban habilitados para decidir por sí mismos el descarte de los embriones, dado que el cese de la voluntad procreacional habría puesto fin al contrato que vinculaba a los actores con la clínica de fertilidad, y que, de acuerdo con lo pactado, bastaba una simple comunicación por escrito entre las partes.

Para así decidir, la Sala I consideró 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 (CADH), conforme lo interpreta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso “Artavia Murillo”<sup>4</sup>; y que en ausencia de una regulación legislativa que rijan la materia en el derecho positivo argentino, la cuestión sólo dependería de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

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, los cuales, al ser denegados, dieron origen a sendas quejas. La Corte Suprema corrió vista a la Procuración General sólo del recurso de hecho presentado por el Fiscal General ante la Cámara.

### 2.2. Argumentos del Fiscal General recurrente

En su impugnación, el Fiscal General recurrente funda su legitimación para actuar en lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional (art. 120 CN), 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 los arts. 2 y 31 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N.º 27.148.

En cuanto al fondo del asunto, el recurrente atribuye arbitrariedad al pronunciamiento impugnado, en tanto:

a) omitió valorar los argumentos de los Ministerios Públicos relativos al orden público, al derecho a la vida y a la protección del embrión, al resolver la cuestión como si fuera netamente contractual, vulnerando, a la par, el debido proceso legal por falta de citación de la clínica contratante en carácter de parte;

b) realizó una errónea, disvaliosa e irrazonable interpretación a las normas constitucionales y convencionales invocadas en su decisión, con un alcance contrario al que les corresponde y a lo dispuesto por el art. 19 del Código Civil y Comercial (CCyC) y su norma transitoria, la cláusula segunda del art. 9 de la ley N.º 26.994, dado que 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:

b1) del deber de dictar una ley especial para protegerlos;

b2) de la prohibición de su manipulación genética capaz de transmitirse a su descendencia y

b3) de su reconocimiento entre quienes pueden suceder (art. 9 de la ley N.º 26.994, y arts. 57 y 2279 del CCyC).

---

2 Utilizaré en este trabajo las siguientes expresiones en forma indistinta, debido a que todas las acciones que describen conducen a la muerte de los embriones: el cese del congelamiento -que implica dejarlos morir a la temperatura ambiente-; su destrucción -al sumergirlos en alcohol o someterlos a choque osmótico en suero salino hipotónico, para luego ser desechados por el vertedero o incinerados (descarte).

3 Procuración General de la Nación, “Recurso de Queja N.º 1 – P. A. y otro s/autorización”, CIV 7628/2021/1/RH1”, 11/08/2023.

4 CorteIDH, “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) versus Costa Rica”, 28/11/2012 (Serie C N.º 257).

c) el fallo recurrido hace una interpretación regresiva y errada de la sentencia de “Artavia Murillo” pues su doctrina no implica la prohibición de brindar protección jurídica al embrión no implantado.

## 2.3. Dictamen del Procurador General Casal

### 2.3.1. Arbitrariedad de la sentencia recurrida por defecto de fundamentación

En magistral dictamen y posicionándose en la línea de la mejor doctrina hermenéutica argentina, el Procurador General Casal decide mantener la queja interpuesta por el Fiscal de Cámara *in re* Recurso de Queja N.º 1 – P. A. y otro s/autorización, al entender 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”.

Para así decidir, en el punto IV de su dictamen denuncia que:

a) 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 las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), y en su lugar

b) dio *“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”*.

Del citado párrafo del dictamen se desprende que el Procurador se funda en las siguientes causales de arbitrariedad de sentencia, señaladas por inveterada doctrina:

a) Exceso hermenéutico, que se configura en las sentencias que prescinden del derecho aplicable, se apartan del derecho vigente o actúan derecho no vigente;

b) Exceso dogmático, que se da en las sentencias que sólo se basan en afirmaciones dogmáticas del juez que revelan apoyo en su mera voluntad personal<sup>5</sup>.

Al respecto, el dictamen de Casal claramente denuncia que la sentencia de la Sala I prescinde del derecho vigente y aplicable al caso, incurriendo de este modo en la causal de arbitrariedad de sentencia por exceso hermenéutico.

En efecto, en el punto V de su dictamen, el Procurador recuerda que la sentencia de primera instancia negó la autorización de destrucción de los embriones requerida por los actores con base en la interpretación de normas constitucionales y convencionales que garantizan el derecho a la vida, a la luz de lo cual el art. 19 CCyC dotaría de protección a los embriones humanos, sin distinguir dónde se encuentren, 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 art. 9 de la ley N.º 26.994, “en cuyo debate parlamentario, con la intervención de distintas voces, habrán de intercambiarse criterios y valores”.

Por el contrario, la sentencia de la Sala I de la Cámara se limitó a defender la autoridad vinculante de la interpretación de la CorteIDH en “Artavia Murillo” en cuanto a que el artículo 4.1 CADH -que reconoce el derecho a la vida de las personas- sería inaplicable a los embriones humanos no implantados. Al respecto, Casal critica la falta de indagación acerca de otros deberes de protección que pudiese establecer el derecho local, e incluso el reconocimiento del derecho a la vida o de cierto estatus personal, incurriendo de este modo la sentencia en un exceso hermenéutico por prescindencia del derecho aplicable.

### 2.3.2. Protección debida a los embriones congelados

Al criticar la sentencia recurrida, sostiene el dictamen que dado 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, negar a los embriones humanos no implantados la titularidad de derechos -como lo hace la Sala I sobre la base de la doctrina de “Artavia Murillo”- no equivale a negar también, sin dar ulteriores razones, la existencia de posibles deberes de protección.

De hecho, la Fiscalía de Cámara ha invocado deberes de esa naturaleza -esto es, no necesariamente correlacionados con el reconocimiento de derechos- a partir de la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N.º 26.994, que presupone tales deberes, cuya regulación explícita el Congreso de la Nación ha diferido para

<sup>5</sup> Cfr. Marrama, S. E. (2018). Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia / Analysis of a Verdict on Surrogate Motherhood in the Light of the Doctrine of Arbitrariness of Sentence. *República Y Derecho*, 3(3), 1–26. Recuperado a partir de <https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/107>

una ley especial que no ha sancionado aún. El mismo presupuesto subyace a otras normas del derecho civil también invocadas por el recurrente -en especial, los arts 57 y 2279 CcyC-.

En efecto, la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N° 26.994 establece que “*La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial*”. Cabe entonces preguntarse cómo debe interpretar un tribunal la norma vigente citada, que establece el deber jurídico de protección del embrión no implantado.

Salvat enseña que la interpretación judicial de las normas que hacen los jueces en sus sentencias tiene los siguientes presupuestos:

a) todo el derecho está contenido en el texto de la ley, por consiguiente la tarea esencial y única del intérprete es establecer su verdadero sentido y alcance;

b) para la interpretación de la ley se toma como base la voluntad del legislador, que se encuentra en las palabras o en el espíritu de la ley;

c) para suplir el silencio de la ley se recurre a la ley misma, ya sea en leyes análogas o en los principios generales del derecho<sup>6</sup>.

La doctrina de Salvat se encuentra plasmada en el art. 2 CcyC, que establece que las leyes deben interpretarse de acuerdo con: a) las palabras de la ley; b) sus finalidades –lo que Vélez Sársfield denominaba “el espíritu de la ley”–; c) las normas análogas y d) los principios jurídicos, y agrega reglas novedosas, tales como e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento de modo coherente<sup>7</sup>.

A la luz del art. 2 CcyC deben entonces analizarse las palabras de la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N° 26.994: “*La protección del embrión no implantado...*”. La Real Academia Española define en su Diccionario el término “proteger” como: *Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo, etc.*” y como “*Amparar; favorecer; defender*”. Menciona como su antónimo al término “desproteger”, que define como “dejar sin protección o amparo”, cuyos sinónimos son “desamparar, desasistir”<sup>8</sup>.

De conformidad con las reglas hermenéuticas vigentes (art. 2 CCyC), es claro que en virtud de la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N° 26.994, existe un deber de protección, de resguardo, de amparo del embrión no implantado. Resulta patente entonces que la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N° 26.994 no permite el descarte de los embriones no implantados<sup>9</sup>.

Por lo expuesto, al denegar la pretensión del 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 CADH en virtud de una errónea aplicación al caso de la doctrina de “Artavia Murillo”, que analizaremos más adelante en este trabajo-, sin contemplar el deber jurídico impuesto por la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley N° 26.994, la Sala I ha emitido una decisión que carece de la motivación idónea para darle sustento, lo que la invalida a la luz de la jurisprudencia de la CSJN sobre arbitrariedad de sentencias.

Quisiera recordar en este punto, respecto de la protección debida a los embriones, las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que, con posterioridad a la sanción de la ley N° 26.862<sup>10</sup>, dictaminaron: “De lege data... Segundo (por unanimidad): En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación... De lege ferenda. Cuarto (por unanimidad): Se propicia la reforma de la ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos”<sup>11</sup>, protección que la sanción de la Ley N° 26.994 recuerda y reafirma.

### 2.3.2.1. Los embriones congelados son seres humanos

6 Cfr. SALVAT, Raymundo M. Tratado de derecho civil argentino. Buenos Aires: La Ley, 1947. Tomo 1 pág. 145 y ss.

7 Cfr. Marrama, S. E. (2018). Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia / Analysis of a Verdict on Surrogate Motherhood in the Light of the Doctrine of Arbitrariness of Sentence. *República Y Derecho*, 3(3), 1–26. Recuperado a partir de <https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/107>

8 Diccionario de la Real Academia Española, actualizado en 2023, disponible en <https://dle.rae.es/proteger>.

9 Respecto de la interpretación jurisprudencial argentina sobre el art. 9 de la ley N° 26.994, cfr. Marrama, S. ¿Quo vadis, Argentina? : el descarte de embriones humanos en la reciente legislación proyectada y jurisprudencia [en línea]. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. 2021, Diciembre. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12738>

10 Cfr. 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>

11 Las Jornadas se llevaron a cabo en la Universidad de Buenos Aires del 26 al 28 de septiembre de 2013.

Por otra parte entiendo que la protección debida a los embriones congelados remanentes encuentra fundamento en nuestro derecho positivo también en el art. 58 del Código Civil y Comercial –Ley N° 26.994–, entre otras normas. Quisiera detenerme en particular en ésta, debido a que más allá de la discusión académica respecto de la condición de persona de los embriones<sup>12</sup>, este artículo resulta aplicable dado que establece requisitos para la experimentación científica en aras de proteger a los seres humanos, condición que ningún científico serio se atrevería a negar a los embriones congelados.

En efecto, el art. 58 establece: “Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos”, entre los cuales quisiera resaltar respecto del destino de los embriones congelados el siguiente: inc. “g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”. Es evidente que la muerte del embrión -participante, en los términos del inciso, en la investigación- como consecuencia de la experimentación científica, es un riesgo absolutamente desproporcionado.

La vida humana, tal como lo ha demostrado la medicina y lo afirma la Academia Nacional de Medicina, comienza en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

La Academia Nacional de Medicina tiene dicho que “La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno”<sup>13</sup>.

La condición de seres humanos de los embriones se ha reafirmado con los descubrimientos científicos producidos en este siglo XXI, tales como el Proyecto Genoma Humano, que logró determinar la secuencia del genoma humano, cuyos resultados se anunciaron oficialmente hace más de 20 años -el 14 de abril de 2003-. Sus resultados confirman que en el embrión humano (óvulo fecundado) está completa la dotación de cromosomas, genes y ADN de la persona humana.

Cabe recordar que la pertenencia de un ser vivo a una especie se da por su genoma, el cual queda fijado desde la penetración del espermatozoide en el óvulo. “Y dado que cada embrión humano posee un genoma que es idéntico al del adulto que está llamado a devenir, es obvio que pertenece, tanto como el adulto, a la especie humana. De hecho, ningún embrión podría devenir en humano en el curso de su desarrollo si no lo fuera ya desde el principio. Hay un proceso de continuidad, y no de ruptura, entre el embrión, el feto y el recién nacido”<sup>14</sup>.

### 2.3.3. Inaplicabilidad de “Artavia Murillo”.

La sentencia de primera instancia consideró que la doctrina del caso “Artavia Murillo” no resultaba vinculante, en consonancia con las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que dictaminaron al respecto, *de lege data* y por unanimidad: “La doctrina del fallo ‘Artavia Murillo’ dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”.

Por su parte, la Sala I invoca este precedente como único fundamento de su fallo.

Al respecto, el dictamen del Procurador Casal afirma en forma contundente que “Artavia Murillo” constituye una cita jurisprudencial ineficaz para fundar judicialmente el descarte de embriones congelados, dado que el *sub examine* “contrasta radicalmente” con la disputa resuelta por la CorteIDH.

En efecto, en “Artavia Murillo”, el tribunal interamericano juzgó que la prohibición absoluta de toda TRHA en Costa Rica configuró una violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida

12 Respecto de esta discusión, adhiero a las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que dictaminaron: “De lege data. Primero (por mayoría): Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno. Segundo (por unanimidad): En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación. Tercero (por unanimidad): La doctrina del fallo ‘Artavia Murillo’ dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho. De lege ferenda. Cuarto (por unanimidad): Se propicia la reforma de la ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos”.

13 Esta declaración fue publicada como “Solicitada” en el diario La Nación el día 23-9-95, y no ha sido derogada o dejada sin efecto por otra posterior, <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/22.php>.

14 MARLASCA LOPEZ, A. Vida humana y persona. *Med. leg. Costa Rica* [online]. 2002, vol.19, n.2 [cited 2024-03-15], pp.5-12. Available from: <[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152002000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200002&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 2215-5287.

privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia de las personas que requirieron estas técnicas. En la sentencia, la CorteIDH señaló que los embriones humanos no implantados no se encuentran comprendidos en los términos del art. 4.1 CADH, ni en la protección gradual e incremental de la vida prenatal que el tribunal deriva de ella (cfr. párrs. 264 y 315), **aunque -aclara los Estados parte pueden, ofrecer una protección mayor al mínimo asegurado en el tratado**, tal como el Estado demandado en ese procedimiento alegaba haber brindado. Sin embargo, la CorteIDH evaluó que una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos fundamentales que había producido en aquel caso la prohibición absoluta de las TRHA, por un lado, 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” (cfr. 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)” (Cit. en punto V del dictamen de Casal).

Sin embargo, tal como señala el Procurador Casal, lo que está en juego en “Recurso de Queja N.º 1 – P. A. y otro s/autorización” no es la disponibilidad de las TRHA -aseguradas en el derecho positivo argentino mediante ley N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/2013-, sino sólo la determinación del destino de los “embriones criopreservados remanentes”, una vez que quienes requirieron su conformación han perdido voluntad procreacional (cfr. punto V del dictamen).

Es decir que la sentencia recurrida aplica al caso la doctrina de una sentencia (“Artavia Murillo”) cuyo sustento fáctico y pretensiones de las partes en litigio difieren diametralmente de las del caso a resolver, y por ende resultan afirmaciones dogmáticas que revelan apoyo en la mera voluntad personal de los integrantes de la Sala I, configurándose así la causal de arbitrariedad de sentencia por exceso dogmático.

Por lo tanto y tal como afirma el Procurador General, el fundamento de la sentencia recurrida es solo aparente, no brinda adecuada respuesta a la cuestión planteada y priva al fallo del sustento constitucional exigido para asegurar su validez como acto jurisdiccional.

Nada cabe agregar a la magistral fundamentación del Procurador Casal respecto de la inaplicabilidad al caso de la doctrina de “Artavia Murillo”.

#### **2.3.4. Jurisprudencia de los tribunales supranacionales sobre descarte de embriones humanos.**

En un trabajo de reciente publicación he abordado el estudio de la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales supranacionales de protección de derechos humanos (Corte o Tribunal Europeo, Corte Interamericana y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) referida a la posibilidad de destruir embriones humanos congelados, y he concluido que el único caso es el sentenciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Parrillo v. Italia”<sup>15</sup>, al que me referiré brevemente en el siguiente punto. También haré una referencia al caso “Oliver Brüstle v. Greenpeace”, en el cual el Tribunal Europeo de Justicia (TJ) interpretó una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo referida a la no patentabilidad de invenciones científicas que impliquen la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima.

Cabe señalar que en Europa la cuestión del uso de embriones humanos para experimentación científica se encuentra enmarcada en diversas recomendaciones emitidas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; v.gr. la **Recomendación 1046**, que versa sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales ha emitido. En ella se afirma que el progreso de la ciencia y la tecnología médica ha hecho que la condición jurídica del embrión y del feto sea particularmente precaria, y que su situación jurídica actualmente no está determinada por la ley; que no existen disposiciones adecuadas que regulen el uso de embriones y fetos vivos o muertos; que, frente a los avances científicos que permiten intervenir desde la fecundación en la vida humana en desarrollo, es urgente determinar el grado de su protección jurídica; y que el embrión y el feto humanos deben gozar en todas las circunstancias del respeto debido a la dignidad humana. En virtud de ello, la Asamblea recomienda al Comité de Ministros: limitar el uso industrial de embriones y fetos humanos, así como de sus productos y tejidos, a fines estrictamente terapéuticos que no puedan lograrse por otros medios; prohibir cualquier creación de embriones humanos mediante fertilización *in vitro* con fines de investigación durante su vida o después de su muerte; prohibir todo aquello que pueda definirse como manipulaciones o desvíos indeseables de estas técnicas, entre

---

15 Cfr. Marrama, S. Jurisprudencia de los tribunales supranacionales de protección de derechos humanos respecto de la posibilidad de destruir embriones humanos congelados. El caso Parrillo v. Italia [en línea]. Temas de Derecho Familia, Mayo de 2023, Edit. Erreius. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16462>

otros: investigación sobre embriones humanos viables y experimentación con embriones vivos, viables o no”<sup>16</sup>.

Unos años después, la Asamblea emitió la **Recomendación 1100**, que establece que deben prohibirse las investigaciones con embriones vivos, en particular si el embrión es viable, o si existe la posibilidad de utilizar un modelo animal, entre otras<sup>17</sup>. Disposiciones similares pueden leerse en la **Resolución N° 1352** (2003) de la Asamblea.

Por su parte el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y Medicina** (Convenio de Oviedo), establece en su art. 18 que “1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”, pero aclara en su art. 27 que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar o atentar contra la opción de cada Estado de otorgar una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina<sup>18</sup>.

#### 2.3.4.1. “Parrillo v. Italia”<sup>19</sup>

En el caso “Parrillo v. Italia”, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal de Estrasburgo consideró por 16 votos contra 1, que el Estado de Italia obró dentro de su margen nacional de apreciación, sin violar el art. 8 CEDH, al prohibir en su legislación interna la experimentación con embriones humanos -experimentación que conlleva la muerte de los mismos-, y por ende negar a una ciudadana la posibilidad de disponer de embriones congelados para experimentación científica.

#### 2.3.4.2. “Oliver Brüstle v. Greenpeace”<sup>20</sup>

El Tribunal Europeo de Justicia (TJUE) ha aplicado los referidos principios reconocidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y por el Convenio de Oviedo en la resolución dictada por la Gran Sala en el caso “Oliver Brüstle v. Greenpeace” mediante la cual resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 98/44/CE, de protección de las invenciones biotecnológicas.

En Tribunal decidió que: “El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

*Constituye un “embrión humano” todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis...*

*La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.*

*El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”<sup>21</sup>.*

16 Cfr. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1046 (1986), sobre el uso de embriones y fetos humanos para fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, de 24 de septiembre de 1986.

17 Cfr. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1100 (1989) sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica, de 2 de febrero de 1989.

18 Cfr. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, suscrito por 21 países del Consejo de Europa (CEB). También conocido como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CEB) o Convenio de Oviedo.

19 Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-156492%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-156492%22%7D). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

20 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. Traducción propia del inglés.

21 Cfr. Quintana, Eduardo M., “Tribunal de Justicia de la Union Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del ovulo. Rechazo del patentamiento biotecnológico”, en *El Derecho*, 245-566.

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>

### 2.3.5. Un reciente fallo de la Suprema Corte de Alabama. “LePage v. The Center for Reproductive Medicine”<sup>22</sup>.

Respecto de la destrucción de embriones congelados, es pertinente mencionar brevemente el destacado fallo de la Suprema Corte de Alabama, Estados Unidos, dictado el 16 de febrero de 2024 en el marco del caso SC-2022-0515, en el cual se decretó la responsabilidad civil por la destrucción de embriones congelados causada por la negligencia de un paciente que deambulaba por un centro de fertilidad en el cual los embriones se encontraban alojados.

La cuestión central del caso es descrita por el Juez Mitchell al inicio de su voto, en el que afirma que el Tribunal de Alabama ha sostenido durante mucho tiempo que los niños no nacidos son “niños” a los efectos de la Ley de muerte por negligencia de un menor de Alabama (Act, 6-5-391, Ala. Code 1975), que permite a los padres de un niño fallecido ser indemnizados por daños punitivos por la muerte de su hijo.

La pregunta esencial del caso, que involucra la muerte de embriones congelados, consiste en dilucidar si la referida Ley contiene una cláusula no escrita de excepción a esa regla para los niños extrauterinos (*extrauterine children*), es decir, los niños no nacidos que se encuentran fuera de un útero biológico en el momento en que se los mata.

El tribunal concluye en su sentencia que la respuesta a esa pregunta es negativa: Ley de muerte por negligencia de un menor de Alabama (Act, 6-5-391, Ala. Code 1975) se aplica a todos los niños no nacidos, independientemente del lugar en el que se encuentren al momento de su muerte y a la etapa de desarrollo embrionario que estén cursando y/o cualquier otra característica de los mismos, y por ende decreta la responsabilidad civil por los daños sufridos por los padres demandantes por la muerte provocada de sus hijos, embriones congelados que se encontraban en el centro de fertilidad demandado.

### 2.3.6. Derecho comparado.

La creación de embriones para investigaciones científicas está prohibida expresamente en catorce países, aunque algunos de ellos permiten la investigación con embriones remanentes, sujeto a ciertas condiciones. Cabe destacar que sólo tres países (Bélgica, Suecia y el Reino Unido) permiten utilizar embriones humanos para experimentación científica, e incluso la creación de embriones para ese objetivo.

Italia, Eslovaquia, Alemania y Austria prohíben la investigación científica con embriones, con excepciones para casos muy restringidos, como por ejemplo para la protección de la salud del embrión.

La ley italiana N.º 40/20048 exige una finalidad procreativa en el empleo de las técnicas, y decreta la imposibilidad de experimentar con embriones<sup>23</sup>.

Por su parte, la Ley para la protección del embrión (*Embryonenschutzgesetz*) 745/90 del 13-12-90 establece diversas prohibiciones y correlativas sanciones penales, entre las cuales se encuentran las siguientes. El parág. 2º reprime a quien favoreciere la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o introdujere artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo (fecundación con fines distintos de la procreación). Por otra parte, el art. 2º pena la utilización “abusiva” de embriones humanos, la cual se configuraría en los siguientes supuestos: 1. Enajenar un embrión humano concebido en forma extracorporal, o extraer de una mujer un embrión antes del período de la anidación en el útero, o cederlo, adquirirlo, o utilizarlo para un fin distinto al de su preservación. 2. Provocar el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto de un embarazo. Asimismo, en estos supuestos, la simple tentativa es pasible de sanciones penales. El art. 5º establece: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años, o de una multa, quien hubiere modificado artificialmente la información genética contenida en una célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis. El art. 6º pena la clonación, entre otras disposiciones<sup>24</sup>.

22 Cfr. Supreme Court of Alabama (US). James LePage and Emily LePage, individually and as parents and next friends of two deceased LePage embryos, Embryo A and Embryo B; and William Tripp Fonde and Caroline Fonde, individually and as parents and next friends of two deceased Fonde embryos, Embryo C and Embryo D v. The Center for Reproductive Medicine, P.C., and Mobile Infirmary Association d/b/a Mobile Infirmary Medical Center (Appeal from Mobile Circuit Court: CV-21-901607), 04/20/2022), 16/02/2024. Traducción propia del inglés.

23 Cfr. Marrama, S. E. Referéndum italiano sobre procreación asistida [en línea] Revista *Duc In Altum*. 2005, 10. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11086>

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>, cap. VI.

Por otra parte, en Andorra, Letonia, Croacia y Malta la ley prohíbe expresamente cualquier investigación sobre células madre embrionarias, mientras que en los siguientes dieciséis países la cuestión no está regulada: Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, República de Moldavia, Mónaco, Polonia, Rumania, Rusia, San Marino, Turquía y Ucrania. Algunos de estos Estados adoptan un enfoque restrictivo en la práctica (por ejemplo, Turquía y Ucrania), mientras que otros tienen una práctica de tolerancia (por ejemplo Rusia)<sup>25</sup>.

De lo expuesto brevemente se puede concluir que a nivel europeo predominan los límites legislativos referidos a la creación o utilización de embriones humanos con fines de investigación científica.

### 3. Conclusiones.

El dictamen de la Procuración General comentado es muy valioso en tanto:

- a) Afirma que los embriones congelados merecen protección conforme a las normas argentinas.
- b) Señala fundadamente la inaplicabilidad de “Artavia Murillo” a la cuestión de los embriones congelados.

Hacemos votos para que la contundente fundamentación que brinda el Procurador Casal, basada en el derecho positivo vigente, sea acogida por la Suprema Corte de Justicia argentina e ilumine las sentencias de los magistrados que enfrentan en sus estrados el difícil problema del destino de los embriones congelados.

---

24 Un comentario más amplio de la ley alemana puede leerse en 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>

25 Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-156492%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-156492%22]}). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.