

**EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA PERSONA
POR NACER QUE EXISTE FUERA DEL ÚTERO
MATERNO**

*Por la Dra. Silvia Marrama
Instituto de Bioética*

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA PERSONA POR NACER QUE EXISTE FUERA DEL ÚTERO MATERNO

Por la Dra. SILVIA MARRAMA¹

1. Introducción

Sabido es que el derecho impone proteger con más fuerza al más desprotegido, defender con mayor vigor al más indefenso y vulnerable. Si bien considero que la vulnerabilidad es intrínseca a todo ser humano -ya que radica en su imperfección y finitud²-, y puede manifestarse durante el transcurso de su vida con distinta intensidad, las personas por nacer –máxime si existen fuera del vientre materno- son unas de las más frágiles de la sociedad, y por ello el Estado se encuentra compelido a promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de sus derechos (cfr. artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, en adelante, CN), mediante la tutela judicial efectiva, y en particular el derecho de acceso a la justicia. Dada la incapacidad absoluta de ejercicio de sus

¹ Filiación institucional: Silvia Estela Marrama, Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA), CABA, Argentina. marramasilvia@gmail.com.

La autora es 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 conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia 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).

² Cfr. Marrama, Silvia, El acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, en ED 282, Año LVII N° 14.632, 20/05/2019, <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2019/05/20052019.pdf> Fecha de consulta: 20/01/2020.

derechos, el ordenamiento jurídico argentino garantiza a las personas por nacer, en tutela de su superior interés, la representación del Ministerio Público de la Defensa en su función Pupilar.

Todos estos enunciados -incuestionables en la actualidad-, contrastan con algunas actuaciones de la Defensoría General, cabeza del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina (en adelante, DG y MPD), fundadas en una interpretación regresiva del derecho a la vida y en la omisión de ejercicio de sus funciones esenciales.

Me refiero en concreto a los aportes efectuados a la Secretaría del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, CDH UN) mediante nota del 8 de junio de 2015, respecto de las discusiones preparatorias de la Observación General N° 36 (en adelante, Nota DG OG 36), sobre el derecho a la vida, en particular el punto “II.1. Estatus de los embriones no implantados. Inaplicabilidad del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”³; y al Dictamen DG en la causa FSM 4338-2013, G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas⁴. Este trabajo tiene como finalidad mostrar los referidos contrastes, en aras de promover una modificación reflexiva de esta tendencia del organismo.

2. Interpretación expansiva del derecho a la vida

La Defensoría General sugiere al CDH UN en el último párrafo del punto II.1. de la Nota DG OG 36: “que el Comité tome una determinación interpretativa específica en su Observación General N° 36, que manifieste expresamente que los embriones no implantados no se encuentran protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni aplica a ellos la obligación

³ Nota con aportes de la Defensoría General de la Nación Argentina a las discusiones preparatorias de la Observación General N° 36, sobre el derecho a la vida, en <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Aportes%20MPD%20OG%20N%C2%BA%2036.pdf> Fecha de consulta: 22/01/2020.

⁴ Dictamen DG en causa FSM 4338-2013, G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala I, 12/11/2014. Cita Online: AR/JUR/52907/2014.

internacional de protección de la vida derivada de su artículo 6.1.”⁵. Y en el acápite “III. Sugerencias a considerar para su inclusión en la Observación General N° 36” afirma que “desde el Ministerio Público de la Defensa de la Argentina se estima conveniente que, al interpretar los alcances de los deberes estatales frente al derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos especifique que: Embriones no implantados 2. Los embriones no implantados no se encuentran protegidos por el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Si bien la DG no lo afirma expresamente, en sus sugerencias subyace la negación del reconocimiento a los que denomina “embriones no implantados”, del estatus jurídico de persona⁶. Lo hace mediante la afirmación de que la aplicación de la postura que reconoce su estatus de persona acarrea violaciones de derechos humanos de las personas que desean concebir mediante TRHA, anteponiendo de este modo el interés de éstas por sobre el superior interés del niño, consagrado en el art. 3 CDN.

Los argumentos que fundan las sugerencias de la DG son, en síntesis, los siguientes:

1. La protección absoluta de la persona por nacer desde su concepción, afecta el derecho a la vida privada y familiar; la protección de la intimidad y el derecho a gozar de los más altos estándares en materia de salud, que incluye la esfera sexual, reproductiva y no reproductiva. La afectación de la esfera reproductiva se produciría al restringir la posibilidad de quienes no pueden concebir por medios naturales y de quienes no desean hacerlo de esa manera, de llevar adelante proyectos procreativos;

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en los párrafos N° 189 y 2647 de la sentencia

⁵Nota con aportes de la Defensoría General de la Nación Argentina a las discusiones preparatorias de la Observación General N° 36, sobre el derecho a la vida, ídem.

⁶ El problema del estatus jurídico de estos embriones puede leerse en Lafferriere, Jorge Nicolás, El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado, DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 143, Cita Online: AR/DOC/3796/2014.

⁷ “189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, “determinó que no se aplican a los embriones no implantados las obligaciones derivadas del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Respecto del argumento fundado en la sentencia Artavia Murillo, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁸ y prestigiosos juristas⁹ -a los que me remito, *brevitatis causae*- han demostrado que

el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.” y “264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.” Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 189 y 264, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, Fecha de consulta: 03/01/2020.

⁸ 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 Nº 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, presidida por los Dres. Magdalena Giararino; Luis Niel Puig y Julio Rivera. 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA).

⁹ Farfán Bertrán, M. Laura. 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, María Inés, Lafferrière, Jorge Nicolás, “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, Daniel Alejandro, “El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica”, en ED Política Criminal, diario nº 11.338 del 8-9-05. Lafferrière, Jorge Nicolás - Tello Mendoza, Juan Alonso. 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, Jorge Nicolás. 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, Eugenio Luis. 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, Matías, “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica””, en El Derecho, 262-722 [2015]. Quintana, Eduardo Martín, 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, Renato; Fléming Cánepa, Eugenia, “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 Caieiro, Silvia, “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, Renato; Flémig Cánepa, Eugenia, “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. He comentado el caso en Marrama, Silvia. “Una sentencia pedagógica

el fallo, más allá de sus inconsistencias, no es vinculante para Argentina –entre otras razones, por lo dispuesto en el art. 68.1 CADH-.

Al considerar el primer argumento de la DG, surge con evidencia el menoscabo del interés superior del niño en aras del interés de los adultos que desean recurrir a las TRHA, y la implícita interpretación regresiva del derecho a la vida a la luz del principio *pro homine* (cfr. art. 29 CADH, art. 6 CDN), en clara violación del principio de progresividad y no regresión del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰.

Ello cobra particular relevancia en atención a que el marco en el que la DG emite su aporte es la preparación de la Observación General N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDESC). La OG 36 expresamente señala que “el derecho a la vida no debe interpretarse en sentido restrictivo”¹¹, doctrina que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostiene desde la OG 6, cuyo texto la OG 36 reemplaza (cfr. Punto N° 1 OG 36). En efecto, el punto N° 5 de la OG 6 refería que “el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la

sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. El Derecho [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118). Marrama, Silvia, Tommasi, María Sol, “Después de “Artavia Murillo””, en El Derecho, [274] - (18/09/2017, nro 14.268).

¹⁰ Cfr. Marrama, Silvia, Principio de no regresión en los derechos humanos y el derecho a la vida, en ED 229-733. Marrama, Silvia, De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida, en EDCrim, [247] - (23/04/2012, nro 12.982).

¹¹ También indica que el art. 6 del PIDESC reconoce y protege el derecho a la vida de todos los seres humanos como derecho supremo “respecto del cual no se autoriza suspensión alguna”, dado que “constituye en sí mismo el valor máspreciado, en cuanto derecho inherente a todo ser humano, pero también es un derecho fundamental, cuya protección efectiva es requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos”. El párrafo 1 del artículo 6 del Pacto dispone que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente y que este derecho debe ser protegido por la ley: “en él se sientan las bases de la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida, darle efecto por conducto de medidas legislativas y de otra índole y proporcionar recursos y reparación efectivos a todas las víctimas de violaciones del derecho a la vida”. Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf Fecha de consulta: 14/01/2020.

protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida”¹².

Scherman señala que la interpretación expansiva del derecho a la vida, a partir del principio general reconocido en el art. 1 CADH de no discriminación -que también tiene naturaleza expansiva- pertenece tanto al dominio de los derechos civiles y políticos como al de los derechos económicos, sociales y culturales, y agrega que “Esta mirada expansiva sobre el derecho a la vida fue expresada por primera vez en el contexto interamericano por los Jueces Cancado Trindade y Abreu Morelli en el voto concurrente en el caso *Villagrán Morales*. Y la Corte de manera unánime tomó esta doctrina en la OC-17 al fijar posición en torno al derecho a la vida de los niños”. El legado del caso *Villagrán Morales*¹³ radica en la ilustración emblemática de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y, en consecuencia, el derecho a la vida del niño desde la interpretación-integración que realiza la Corte IDH en torno al art. 4 y al art. 19 de la CADH indudablemente importa una lectura amplia del derecho a la vida, que se debe traducir en vidas con oportunidades y garantías para el ejercicio de los derechos¹⁴.

Cabe señalar que estas sugerencias de la DG respecto de los embriones que viven fuera del vientre materno no fueron acogidas por el Comité en su OG 36¹⁵.

¹²Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 6 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, HRI/GEN/1/Rev.7, 12/05/ 2004, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6221.pdf> Fecha de consulta: 14/01/2020.

¹³Corte IDH, Los Niños de la Calle (*Villagrán Morales y otros*) v. Guatemala, 19/11/1999, Serie C, N° 63. Voto razonado y concurrente de A.A. Can Çado Trindade y Abreu Burelli, punto 4.

¹⁴Cfr. Scherman, Ida, El derecho a la vida del niño en el complejo tapiz de derechos humanos. El derecho a la vida del niño como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, como al de los derechos económicos, sociales y culturales, en Fernández, Silvia E. (Dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial. Tomo I, págs. 224-226.

¹⁵ Ello no implica de por sí una tutela absoluta de la vida naciente en la OG 36, dado que en el mismo documento recomienda que “Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas” (cfr. punto 9, entre otros).

3. Derecho de acceso a la justicia de la persona por nacer. Función del Ministerio Pupilar

La OG 36 en sus puntos N° 27 y 28 relaciona el derecho a la vida con la vulnerabilidad, al decir que “el deber de proteger el derecho a la vida exige que los Estados partes adopten medidas especiales de protección hacia las personas en situación de vulnerabilidad cuya vida se encuentra en una situación de riesgo particular”, que son, “en determinadas situaciones, las mujeres y los niños”. Añade que “los Estados partes deben responder de manera urgente y eficaz para proteger a las personas que se enfrentan a una amenaza concreta”.

Sabido es que los niños son personas que, por encontrarse en una etapa de desarrollo en la que necesitan de los adultos hasta la adquisición progresiva de su plena autonomía, son vulnerables. Uno de los períodos de más vulnerabilidad de los niños se da, en la actualidad, desde su concepción dentro o fuera del vientre materno¹⁶ hasta su nacimiento. Los niños por nacer tienen igual estatus y derechos que los niños nacidos, tal como lo garantiza, entre otras normas, el art. 2 de la ley N° 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), convención que tiene jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (cfr. art. 75 inc. 22 CN), dado lo cual son acreedores de una protección integral¹⁷ por parte de los tres poderes del Estado (cfr. también art. 19 CADH). Su protección integral conlleva no sólo la veda de injerencia arbitraria estatal en el ejercicio de sus derechos sino la intervención del Estado con medidas especiales de acción

¹⁶ Las personas por nacer que existen fuera del útero materno son, desde el punto de vista jurídico, niños desde su concepción, es decir, desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, tal como explico en Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. SCALA, Jorge (pról.). Paraná: Dictum, 2012. Colección Doctrina. Cap. I, II y IV. Ver asimismo Academia Nacional de Medicina. Declaración “A propósito del proyecto de fertilización asistida”, disponible en <https://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/Declaraci%C3%B3n%20final%20fertilizaci%C3%B2n.pdf> Fecha de consulta: 01/04/2019.

¹⁷ Por ello la reglamentación de la CDN se titula “Ley N° 23.849 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.

positiva para garantizar a todos los niños sus derechos, que son plenamente operativos y exigibles (cfr. art. 4 CDN) so pena de responsabilidad internacional estatal por su incumplimiento (cfr. art. 6 CDN), y que deben ser interpretados a la luz del principio del superior interés del niño (cfr. art. 3 CDN).

Paradójicamente esta vulnerabilidad de los niños por nacer no es paliada en la actualidad con medidas de protección estatales – tal como exige la CN y la CDN- sino acentuada por la actuación de los tres poderes de gobierno. Baste mencionar, además de las actuaciones del Ministerio Público de la Defensa analizadas en este trabajo, los protocolos de aborto emanados de los ministerios de salud nacional (v.gr. Resolución N° 1/2019 MS) y provinciales, las sentencias judiciales de autorización de abortos –en particular el caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”¹⁸- y las leyes N° 26.994 – Código Civil y Comercial¹⁹- y N° 26.862, su Decreto reglamentario N° 956/2013²⁰ y las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación dictadas en consecuencia –v.gr. Res. 1709/2014, E 2190/2016, E 1/2017, E 616/2017, E 1831/2017, 1044/2018-.

En el ámbito del Poder Judicial, la garantía por antonomasia de ejercicio de los derechos reconocidos a los niños es la tutela judicial efectiva, en particular el derecho de acceso a la justicia.

¹⁸ CSJN, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197.

¹⁹ La fundamentación sobre la violación del derecho a la vida de las personas por nacer en relación con la ley N° 26.994 puede leerse en Marrama, Silvia, El paradigma protectorio y no discriminatorio en el Código Civil y Comercial, en *El Derecho*, 268-626, (13/06/2016, nro 13.976) [2016]. Marrama, Silvia, 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 ED 04/08/2014 N° 13.538. Marrama, Silvia, Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y 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 ED 30/12/2014 N° 13.638.

²⁰ La fundamentación sobre la violación del derecho a la vida de las personas por nacer en relación con la ley N° 26.862 puede leerse en Marrama, Silvia, La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-jun-2014. Marrama, Silvia, Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862, en ED 255, (07/11/2013, nro 13.359). Marrama, Silvia, Análisis de la ley 26.862 por una especialista, en ED, [255] - (18/11/2013, nro 13.366) [Publicado en 2013]. (Ref. 72985). Marrama, Silvia, Temas y neodoctores: Fecundación in vitro y derecho, en ED 252 (08/05/2013) N° 13.233.

Tal como he explicado en otro trabajo, la referencia al acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad remite a los estándares básicos establecidos en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad²¹, que desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano²², específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34)²³. La Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a las Reglas de Brasilia mediante la Acordada N° 5/2009, y estableció que estas reglas deben ser seguidas en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a los que se refieren²⁴.

La última actualización de las Reglas de Brasilia²⁵ introduce en la N° 3 un nuevo concepto de vulnerabilidad, que se refiere a las limitaciones o falta de desarrollo de las capacidades “para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”²⁶, noción con directas implicancias para las personas por nacer, que carecen absolutamente de la capacidad de ejercicio de sus derechos. Por otra parte, las reglas comprenden -

²¹ Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008).

²² Cfr. VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (Cancún, 27 al 29 de noviembre del 2002). Disponible en http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1012.pdf . Fecha de consulta: 01/04/2019.

²³ Cfr. Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> . Fecha de consulta: 01/04/2019.

²⁴ CSJN, Acordada N° 5/2009 del 24/02/2009. Disponible en http://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_0509.pdf Fecha de consulta: 01/04/2019.

²⁵ Cfr. Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en abril de 2018, en la ciudad de San Francisco de Quito, república de Ecuador, disponible en <file:///G:/O/PROCESAL/ Acceso%20a%20la%20J/CIEN%20REGLAS%20DE%20BRASILIA%20a%20ct%20abril%202018%20XIX%20Cumbre%20SF%20de%20Quito.pdf> Fecha de consulta: 01/04/2019.

²⁶ “(3) Una persona o **grupo** de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su **capacidad** para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. El resaltado me pertenece, y corresponde a las modificaciones introducidas en 2018.

dentro de la causal de vulnerabilidad por edad- a los niños sin distinción entre concebidos y nacidos (cfr. Reglas N° 5 y 6).

Pese a ello, las reglas no realizan una mención expresa de los niños por nacer ni de las particularidades que la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia revisten respecto de ellos. Y las disposiciones del acápite “6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales” (Regla 78) se refieren a los niños nacidos. Sirva este trabajo, entonces, como sugerencia de su incorporación en la próxima modificación que se realice a su texto²⁷.

Por otra parte, señala Alesi con acierto la necesidad de que las normas, la institucionalidad, los procedimientos, las intervenciones y los profesionales que se vinculan con la niñez dispongan de las características, especificidades y cualidades necesarias que les permitan responder adecuadamente a las condiciones particulares de los niños y a la efectiva vigencia y defensa de sus derechos. Lamentablemente la organización del Poder Judicial de la gran mayoría de las provincias argentinas al respecto es deficiente. La justicia adaptada a la niñez existe únicamente en los juzgados de primera instancia de familia, pero no en las cámaras de apelaciones que deben revisar sus resoluciones²⁸.

Este panorama de deficiencia organizacional pone de realce la relevancia particular que cobra la intervención procesal del Ministerio Público Pupilar en representación del niño, dado que es regla entre los profesionales que lo conforman la especialidad y la profesionalización en la protección de la niñez. Y ese mismo panorama acrecienta también la gravedad que reviste la claudicación en sus funciones. Cabe recordar brevemente que el Asesor o Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un niño, y que se

²⁷ Este trabajo comenzó a gestarse a raíz de la sugerencia –que nuevamente agradezco– del Dr. Eduardo Leonetti de escribir sobre el tratamiento del acceso a la justicia de las personas por nacer en las Reglas de Brasilia, en un intercambio de correos electrónicos con ocasión de la publicación de mi artículo titulado “El acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”, ídem.

²⁸ Cfr. Alesi, Martín B., Principios rectores del debido proceso de infancia. Garantías mínimas de procedimiento administrativo y judicial, en Fernández, Silvia E. (Dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial. Tomo III, pág. 2410-2413.

encuentra habilitado para deducir las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio²⁹, bajo pena de nulidad de todo acto que se realice sin su participación, tal como lo dispone el art. 103 a) del Código Civil y Comercial, “como consecuencia lógica de la necesidad de que no se violen las formas sustanciales que afectan el derecho de defensa en juicio y debido proceso de las personas representadas”³⁰. Su función primordial se encuentra establecida en el art. 1 de la Ley N° 27.149, y en las disposiciones de su capítulo VI.

La intervención del Ministerio Pupilar es tanto más esencial en los casos de mayor vulnerabilidad, tal como sucede cuando se encuentran involucrados niños por nacer³¹.

A mi juicio, este es el marco adecuado para examinar el Dictamen DG en la causa G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas³², que se emite a raíz de una presentación efectuada a la Secretaría General de Política Institucional por el Sr. Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de San Martín, antes de tomar intervención conferida por el Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo N° 2 de la misma jurisdicción, en su carácter de Asesor de Menores, en el marco de una demanda de amparo para cubrir la realización de un estudio de diagnóstico genético preimplantatario (DGP), que conlleva selección embrionaria.

²⁹ Cfr. CSJN, Fallos 333:1152

³⁰ Cfr. Moreno, Gustavo D., La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del “Asesor de Menores e Incapaces”, en Fernández, Silvia E. (Dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial. Tomo III, pág. 2695 ss.

³¹ Un ejemplo de valiosa actuación de una Defensora de Menores de un niño por nacer puede leerse en Marrama, Silvia. Un indefenso con “esforzada” defensora. In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el período 1930-1943, El Derecho Política Criminal 237-119.

³² He comentado el fallo de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín *in re* G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas, 12/11/2014, en Marrama, Silvia. El paradigma protectorio de las personas con discapacidad. DFyP 2015 (octubre), 07/10/2015.

El dictamen DG, replicado en causas similares³³, instruye al defensor “para que se abstenga de asumir la intervención conferida en el marco de la causa *ut supra* mencionada”.

En el punto II, el dictamen DG establece como primer argumento que “conforme surge de las constancias obrantes en estas actuaciones... hasta el momento no se ha practicado la referida fecundación in vitro y, consecuentemente, no existen embriones que ameriten el análisis de la eventual representación por parte de este Ministerio Público”. Cabe recordar que la OG 36 vincula en el punto 6 el derecho a la vida con el principio precautorio: “La privación de la vida supone daños o lesiones deliberados o, de algún otro modo, previsibles y evitables, que ponen fin a la vida, causados por un acto o una omisión”³⁴.

Otro de los argumentos falaces utilizados en el dictamen bajo análisis es el siguiente: “aún cuando estuviésemos frente a un supuesto en el que luego de materializada la práctica médica en cuestión existieren embriones sobrantes, la situación no quedaría abarcada por los términos del art. 59 del Código Civil y del art. 54 inc. a) de la ley 24.946, por no encontrarse comprometidos los intereses de personas menores o incapaces, conforme lo previsto por las normas aludidas”. Ello en virtud de que el dictamen –fundado en la doctrina del fallo Artavia Murillo– considera que la fecundación no otorga al embrión el estatus jurídico de persona, y que la vida prenatal sólo merece recibir una protección gradual e incremental.

De este modo, haciendo caso omiso del principio precautorio (en el primer argumento) y de los principios *pro homine* y de progresividad (en el segundo argumento), la instrucción de la DG priva a las personas concebidas que existen fuera del útero materno, incapaces absolutos de obrar, de la representación directa del Ministerio Pupilar, único que, en estos casos puede garantizar su

³³ Cfr. Marrama, Silvia. In dubio, contra homine. elDial.com, DC2791, 30/05/2019.

³⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, ídem.

tutela judicial efectiva y su acceso a la justicia³⁵. De este modo aquellos niños por nacer resultan invisibilizados y su voz acallada en el proceso en el que se resuelve su suerte.

4. Conclusiones

Las actuaciones de la Defensoría General analizadas en este trabajo, fundadas erróneamente en la obligatoriedad de acatamiento de la doctrina del caso Artavia Murillo, conllevan la ostensible declinación de la función principal del Ministerio Público, y privan a los niños por nacer que existen fuera del útero materno de la representación de su superior interés ante los tribunales en los procesos en los que se encuentra en juego su derecho a vivir.

³⁵ Cabe recordar la recomendación de la DG a los Defensores Públicos Oficiales y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa que, en el marco de los procesos en los que tomen intervención, y cuando ello resulte pertinente, invoquen las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad” a efectos de garantizar la plena efectividad de los derechos de sus asistidos, en https://www.mpd.gov.ar/pdf/resoluciones_reglamentarias/1%20Res%20DGN%20invocar%20Reglas%20de%20Brasilia.pdf

