

LA IMPORTANCIA DEL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE IMPORTANCE OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS IN THE LIGHTS OF HUMAN RIGHTS

FEDERICO PABLO NOTRICA**

Resumen: El diagnóstico genético preimplantacional es una técnica de reproducción humana asistida que se lleva a cabo para seleccionar embriones sanos, libres de enfermedades genéticas. Este tipo de técnica pone de resalto distintos dilemas ético-jurídicos relacionados a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y a distintos derechos humanos en juego. Asimismo, se habla del DGP extensivo, mediante el cual se selecciona un embrión compatible con un niño ya nacido quien padece una enfermedad, con el fin de que se lleve a cabo un posible trasplante. Se observan las posiciones en el derecho comparado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la argentina, teniendo en especial consideración lo establecido por la ley de cobertura de TRHA. **Palabras clave:** diagnóstico genético preimplantatorio, técnicas de reproducción humana asistida, naturaleza jurídica del embrión, derechos humanos, cobertura.

Abstract: The Preimplantation genetic diagnosis is a procedure used for identifying genetic defects within embryos created through assisted reproductive technology. This technique involves different ethical-legal dilemmas related to the legal nature of the non-implanted embryo as well as other human rights issues. In addition, this article discusses extensive PGD, which selects an embryo compatible with a child who is already born and has a disease to carry out a possible transplant. Moreover, it reflects on the positions regarding PGD in comparative law and in the European Court of Human Rights and the Argentine jurisprudence, taking into consideration local norms related to ART coverage.

Keywords: Preimplantation genetic diagnosis, assisted reproductive technology, embryo legal nature– human rights, coverage.

* Fecha de recepción: 7 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

** Maestrando en Maestría de Familia, Infancia y Adolescencia, con tesis en elaboración y Docente de Familia y Sucesiones (UBA). Miembro del Proyecto de Investigación «Realidad y legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación». Miembro del Proyecto de Investigación UBACyT «Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias» (UBACyT - UBA). Correo electrónico: fedenotrica@gmail.com.

SUMARIO: I. PALABRAS INTRODUCTORIAS; II. ¿QUÉ ES EL DGP? NOCIONES BÁSICAS ACERCA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN Y LAS PRÁCTICAS MÉDICAS; III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD Y EL DGP; 1. Los informes de distintos organismos; 2. La situación española actual; 3. La importancia de la jurisprudencia. IV. LAS CUESTIONES QUE SUBYACEN DETRÁS DEL DGP; 1. La naturaleza jurídica del embrión no implantado; V. LOS DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS; 1. El derecho a formar una familia; 2. El derecho a gozar de los avances y beneficios de la ciencia; 3. El derecho a la salud sexual y reproductiva; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

El avance de la ciencia y la tecnología produjeron, sin dudas, una revolución global, que se vio reflejada en las ciencias médicas y sociales. La aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), ocasionó un encuentro obligado entre bioética y Derecho, necesario para estudiar las nuevas realidades familiares.

Tal como lo ha expresado María Casado, desde el nacimiento de esta nueva disciplina, ambas –bioética y Derecho– caminan unidas. La implicancia entre el Derecho y la bioética es de carácter intrínseco y, así como la contribución de aquel es fundamental para esta, las aportaciones del análisis bioético deben ser consideradas de una extrema utilidad para el Derecho a la hora de elucidar los problemas suscitados por la biotecnología, ya que ambas disciplinas comparten una misma finalidad: el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos.¹

Estos cambios que se suscitaron en las relaciones familiares fueron creados por una auténtica «revolución reproductiva». A los fines de resaltar este sendero y siguiéndose a Lamm: «Se habla de revolución reproductiva porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (sic), es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios»².

Dentro del espectro de las TRHA, se observan distintas técnicas que se clasifican según su complejidad, siendo estas de alta o de baja. La ley de cobertura argentina específica no solo la definición de TRHA, sino también los tipos de técnicas atendiendo a este punto.

En primer lugar, se entiende por «reproducción médicamente asistida», de acuerdo a lo establecido por la ley 26.862 –de acceso integral a los procedimientos y técnicas

¹ HERRERA, M. y LAMM, E., «Técnicas de reproducción humana asistida», en *Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Buenos Aires (La Ley), 2015, p. 295.

² LAMM, E., *Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona (Observatori de Bioètica i Dret), 2013, p. 17.

médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida– a «los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo», quedando comprendidas «las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones»³.

Por su parte, el decreto reglamentario 956/2013 –art. 2– completa la definición y reconoce dos tipos de procedimientos: 1) de baja complejidad y 2) de alta complejidad.

El primero definido como «aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante». Y el segundo como «aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos».

Ahora bien, estas cuestiones pusieron sobre la mesa debates ético-jurídicos muy profundos que se relacionan directamente con el avance que generaron las TRHA, los diferentes procedimientos y técnicas propiamente dichas, entre ellas, y de manera especial, el Diagnóstico Genético Preimplantatorio –en adelante, DGP–.

II. ¿QUÉ ES EL DGP? NOCIONES BÁSICAS ACERCA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN Y LAS PRÁCTICAS MÉDICAS

Para comenzar con el estudio del DGP, es menester encuadrarlo como una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer.

El procedimiento se hace de la siguiente manera: «los óvulos se fecundan in vitro, se deja que los embriones de desarrollen hasta el tercer día, para después realizar una biopsia a una o dos células del embrión para determinar si el gen, implicado en la enfermedad que se quiere evitar, ha heredado o no la alteración genética. Una vez seleccionados, los sanos se implantan a la mujer»⁴.

Para comprender qué cuestiones envuelve el DGP, merece establecerse una clasificación. En primer lugar, en los casos de DGP denominado «general», lo que se hace es seleccionar embriones aptos y los que no se seleccionan son aquellos que son portadores

³ Art. 2, Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, sancionada: 5/6/2013 y promulgada: 25/6/2013.

⁴ MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H., *Bioética y Derecho*, Barcelona (Fundació Universitat Oberta de Catalunya), 2007, p. 127.

de la enfermedad hereditaria que se desea evitar; en segundo lugar, en el DGP de Screening de Aneuploidías (o DGSA), los embriones que no se seleccionan son aquellos que directamente son no viables, es decir, los que detendrán su desarrollo o que una vez implantados en el útero no evolucionarán.

En definitiva, lo que se hace con el DGP, es seleccionar los embriones viables, para asegurar una descendencia sana y acabar con una determinada patología que se transmite de generación en generación, y además aliviar el sufrimiento de quienes quieren formar una familia y lo ven frustrado en cada uno de sus intentos. En conclusión, el DGP no corrige problemas o la calidad embrionaria. Se trata de un método de selección embrionaria, y los embriones viables que no se implanten podrán crioconservarse conforme lo autorizan la propia ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

Dicho esto, también merece la pena comentar que se comenzó a utilizar, en estos últimos años, el DGP denominado «extensivo», mediante el cual se selecciona un embrión compatible con un niño ya nacido quien padece una enfermedad, con el fin de que se lleve a cabo un posible trasplante.

Este tipo de DGP⁵ permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea este su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético preimplantacional para evitar una condición genética grave en el niño resultante.

El DGP extensivo tiene varias posturas entre los comités de bioética del mundo. Así, se observa que –a modo de ejemplo– el Comité de Ética Médica de la British Medical Association considera que debe permitirse esta técnica, porque no existe diferencia moral significativa entre seleccionar embriones con el objetivo de lograr el nacimiento de un niño para proporcionar una donación de tejido compatible con un hermano vivo y el DGP para evitar una condición genética grave en el niño resultante.

En contrario a esta postura, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, el Comité Nacional de Ética francés de Ciencias de la Vida y la Salud y la Autoridad de tratamiento de la infertilidad de Victoria, Australia, entienden que seleccionar un embrión solo con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, se torna inaceptable por cuantos los riesgos o efectos de la biopsia embrionaria, son aún inciertos.

Sin dudas, la figura del DGP, en cualquier de sus modalidades, poseen distintos cuestionamientos complejos.

⁵ El primer caso reportado de DGP extensivo fue en el año 2000 en los Estados Unidos, cuando el DGP se utilizó para evitar el nacimiento de un bebé con una enfermedad hereditaria llamada anemia de Fanconi. Durante la selección de embriones se hizo una segunda prueba para identificar el tipo de tejido del embrión con el fin de asegurar que el niño que naciera resultara libre de la condición genética de que se trate, pero a su vez, cuya sangre del cordón umbilical pueda ser utilizada en una donación de tejido para un hermano vivo con la misma condición.

El Código Civil y Comercial argentino, prohíbe, en su articulado, la alteración genética del embrión. De este modo el art. 57 de la mentada norma, referida a las Prácticas prohibidas sostiene: «Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia».

La prohibición estipulada, contempla exclusivamente, las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia. En otros términos, el art. 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como el DGP en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto⁶.

III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD Y EL DGP

Resulta interesante observar cómo la realidad pone en jaque algunos de los planteos jurídicos y dilemas éticos que generan las TRHA en especial, y el DGP en particular.

Como se puede observar, en los países en que se practican, existe una consolidación en el campo de las TRHA, lo cual es un dato de la realidad de suma relevancia para demostrar la necesidad de contar con reglas jurídicas claras en torno a las repercusiones o consecuencias de esta fuerte actividad médica.

1. Los informes de distintos organismos

El DGP se hace, se practica y la gente lo utiliza. Así se manifiesta en un informe⁷ efectuado por la SAMER –Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva–, en el cual se expresa que, en la Argentina, se han llevado a cabo 1120 técnicas de DGP, efectuadas en centros privados de salud reproductiva –siendo que existen 11 centros que realizan dicha técnica–, y que, en virtud de la onerosidad de este procedimiento, se judicializaron varios casos respecto a decidir si esta debía ser cubierta por las obras sociales o prepagas, previo a la sanción de la ley 26.862 y también, en forma posterior a ella.

Asimismo, según un reporte del Registro Latinoamericano, previo al anterior, hasta el año 2011 se hicieron 1028 ciclos con DGP, teniendo por transferidos a 534, con un total de 177 bebés nacidos, ninguno de los cuales informó algún defecto de nacimiento.

⁶ Esto fue explicado en un fallo reciente de la Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires, de fecha 12/11/2014, que se analizará luego en el desarrollo del presente trabajo.

⁷ Informe presentado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, a pedido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 9/6/2016, en el marco de la denuncia efectuada contra el Estado argentino en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de «Daniela Vitale y otro contra Argentina s/ medida cautelar», que luego se abordará.

Se tuvo en consideración centros de fertilidad de Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Venezuela⁸.

El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (IBC), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Sociedad Europea para la Reproducción Humana y Embriología (ESHRE), la Autoridad para la Fertilización y Embriología Humana (HFEA) y la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM) coinciden en la aceptación del DGP en los casos de enfermedades monogénicas e hijo donante.

2. La situación española actual

Por otro lado, la mayoría de los países que han regulado las TRHA, han legislado y permiten el DGP, siendo ésta una tendencia en aumento⁹.

Así, por ejemplo, España lo regula en su ley del año 2006 sobre TRHA¹⁰, estableciendo la autorización directa del DGP en dos casos, en los que bastará simplemente con la comunicación de su realización a la autoridad sanitaria correspondiente, quien habrá de informar a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: a) la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia; y b) la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

Al respecto, se ha dicho que «la nueva ley no cierra la puerta a otras situaciones en las que pueda efectuarse el DGP, si bien las condiciona a la autorización expresa, caso a caso,

⁸ ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; SCHWARZE, J.; CROSBY, J.; MUSRI, C. y CARMO BORGES DE SOUZA, M., «Assisted reproductive technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry», *JBRA Assist. Reprod.*, vol. 17, núm. 4, 2013.

⁹ Una gran cantidad de países permiten el DGP: Brasil (Resolución n.º 1.957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina), Francia, España, Portugal, Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, entre otros.

¹⁰ El art. 12 de la ley 14 establece: «1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a. La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia. b. La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. 2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».

de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la citada Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso. Por último incorpora también la autorización del DGP extensivo, o con finalidad terapéutica para terceros, estableciendo que la aplicación de las técnicas de DGP, combinadas con la determinación de antígenos e histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá igualmente de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso»¹¹.

3. La importancia de la jurisprudencia

A. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En primer lugar, corresponde analizar el famoso y resonado caso¹² del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el cual se condena a Italia, en la sentencia del 28/08/2012, por una cuestión referida al DGP.

En este caso, se trata de una pareja casada que padece de una enfermedad llamada mucoviscidosis (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos, cuestión que conocieron cuando nació su hija, por métodos naturales y afectada con la misma enfermedad.

En virtud de ello, quisieron tener un segundo hijo que no esté afectado, y recurrieron a las TRHA.

En Italia, la ley 40 que regula las TRHA prohíbe expresamente el diagnóstico genético preimplantario y reserva la utilización de las TRHA para las parejas estériles o infértiles, requisitos en los cuales, este matrimonio no calzaba.

Frente a ello, el matrimonio demanda al estado italiano por haberse violado el art. 8 del Convenio Europeo, es decir, al derecho a la vida privada y familiar, en la medida en que su única opción para tener hijos sin esa enfermedad, es la de fecundarlos de una manera natural y proceder a una interrupción médica del embarazo cada vez que un diagnóstico prenatal muestre que el feto está afectado.

Por ello, el TEDH resuelve que la prohibición del DGP importa una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que si bien Italia prohíbe el DGP al mismo tiempo autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto el tribunal afirma que «no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad

¹¹ ABELLÁN, F., «Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)», en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_3_2006.pdf> [Consultado el 7/4/17].

¹² Caso del TEDH: Costa y Pavan vs. Italia, (n.º 54270/10), del 28/08/2012.

la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico».

En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía, al mismo tiempo, la terminación del embarazo cuando el feto demostraba síntomas de una grave enfermedad¹³.

Es que, como se ha dicho en la doctrina, «cabe considerar que desde el momento en que la fecundación asistida se abre por los jueces a parejas fértiles, pero con la finalidad de prever posibles enfermedades en el embrión antes de implantarlo, debemos entender que el derecho a procrear no solo incluye el derecho a tener un hijo, sino que también implica el derecho a tenerlo sano. Aquí no estamos hablando de tener hijos a la carta, y poder elegir el sexo o el color de los ojos, estamos hablando de evitar el riesgo, en muchos supuestos casi cierto, de que nazca un niño enfermo y conseguir que pueda nacer sano»¹⁴.

B. *La jurisprudencia argentina*

En el caso de la República Argentina, resulta interesante analizar la jurisprudencia existente hasta el momento respecto al DGP, teniendo en miras que algunos sucedieron antes de la entrada en vigencia de la ley de cobertura integral de las TRHA –Ley 26.862– y otros, posteriormente a ella.

Antes de su entrada en vigencia –23/6/2013–, se han dictado ocho sentencias, obteniendo cuatro a favor y cuatro en contra. Mientras que luego de este hito legal, cuatro decisiones judiciales lograron favorable recepción al DGP, mientras que otras nueve, tuvieron resultado negativo.

El primer caso¹⁵, que se presentó por la vía del amparo, fue iniciado por los progenitores de un menor de edad que padecía una enfermedad granulomatosa crónica con el fin de que la pareja pueda tener otro hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo. La alzada confirmó la cobertura del DGP, pero modificó la sentencia de la instancia de origen en cuanto dispuso la crioconservación de los embriones que no sean transferidos

¹³ Para profundizar, compulsar PENASA, S., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 1, 2013, pp. 235-270.

¹⁴ MORENO, M. y SALAS, M., «La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Estudios constitucionales*, vol. 14 núm. 2, 2016, disponible en <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-52002016000200006&lng=en&nrm=iso&t lng=en>> [Consultado el 7/4/2017].

¹⁵ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, «L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra», 29/12/2008, *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/20958/2008.

en el tratamiento y el nombramiento de un «tutor» al considerar que se tratarían de «personas por nacer». Esta cuestión será tratada en el acápite referido a la naturaleza jurídica del embrión no implantado. Igual solución se brindó a otro caso¹⁶ en el cual se solicitó la cobertura integral de un tratamiento de fertilización in vitro, diagnóstico preimplantatorio y posterior trasplante de embriones histocompatibles a su hijo enfermo, pero, esta vez, por la vía de la medida cautelar.¹⁷

Posteriormente, otro caso¹⁸ favorable, en el cual se solicitó la cobertura de una fertilización in vitro, más DGP, es de importancia observar los argumentos que se dieron en el fallo para justificar la decisión.

En efecto, se puede leer de la sentencia que: 1) «los argumentos defensivos de contenido económico esgrimidos, como fueron el alto costo de estos tratamientos, o el impacto económico de ello en el resto de sus afiliados, han quedado en un plano meramente dogmático no solo por la operatividad de los derechos conculcados sino por la orfandad probatoria al respecto»; 2) que «La accionada, como empresa de medicina prepaga no debe olvidar que –antes que nada– está llamada a cumplir una verdadera función social –que está por encima de toda cuestión comercial– como integrante de nuestro complejo sistema de salud. Su actividad debe encaminarse a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas por sobre sus fines especulativos o comerciales como ente social»; por lo tanto fundado en «lo dispuesto por Constitución Nacional, arts. 33, 42, 43, los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22, principalmente el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también, el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 45 de la Constitución Provincial, arts. 1 y ctes. de la Ley n.º IV-0090- 2.004 (5.474) y Ley n.º XIV-0457-2.005», se hace lugar a la cobertura solicitada.

En contrapartida, se analizarán ahora, las sentencias que rechazaron el pedido de cobertura de DGP.

¹⁶ Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso administrativo núm. 1 de La Plata, «C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A.», 19/08/2010, *La Ley*, cita online: AR/JUR/45765/2010.

¹⁷ Misma solución se da en el caso: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de San Nicolás, «MGG C. IOMA», 13/09/2011, inédito, en el cual, una pareja inició una acción de amparo solicitando la cobertura médica de una fecundación in vitro con estudio del cariotipo de los preembriones y reproducción asistida con ICSI. Ya habían tenido otro hijo por técnicas de reproducción asistida y la imposibilidad económica de un nuevo tratamiento.

¹⁸ Juzgado de Familia, Villa Mercedes, San Luis, 18/06/2013, «Biosca, Martín Ernesto y otro c/Swiss Medical Group S.A. s/ amparo», inédito.

En un primer caso¹⁹, los actores, quienes solicitaron la cobertura de una técnica in vitro y DGP, hasta que se produzca el embarazo, dado que eran portadores de un gen que puede dar lugar a la fibrosis quística en su descendencia, argumentaban que la regulación en ese momento del Programa Médico Obligatorio era solo un estándar mínimo y que el art. 28 de la Ley 23.661 preveía la actualización periódica de las prestaciones a ser cubiertas alegándose que ello implicaba aceptar la incorporación permanente de los avances científicos y tecnológicos que se registran en el campo de la medicina.

Respecto a ello, el Tribunal ha dicho que: «Estas afirmaciones se consideran acertadas, pero no son suficientes para dar favorable acogimiento a la pretensión de la actora. Ello es así pues la ley no ha avanzado a la par que el desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales la cobertura de los tratamientos de fecundación in vitro ni de diagnóstico genético preimplantacional». Agregándose que «el Tribunal ha señalado en ocasiones anteriores la verificación de un vacío legislativo ante el desfase entre los avances de la ciencia de la tecnología aplicadas a la salud humana y las prestaciones sociales, igualitarias y obligatorias de las obras sociales y las que deben prestar las entidades de medicina prepaga, que merece la atención del legislador a fin de que, en cumplimiento de su alta misión, regule por la ley la materia involucrada en este litigio con la consiguiente armonización de la totalidad de los derechos fundamentales comprometidos».

Además, en casos análogos, otros argumentos brindados por los magistrados intervinientes, son los siguientes:

- a. «Si bien resulta comprensible que los accionantes pretendan lograr un embarazo libre de riesgos, no debe soslayarse que acceder a su pretensión implica necesariamente descartar aquellos embriones que no cumplan con los parámetros buscados, práctica que conllevaría para cierta doctrina y jurisprudencia a vulnerar los derechos de una persona por nacer, controvertida en nuestra sociedad».²⁰
- b. Relacionándose con la naturaleza jurídica del embrión no implantado, se dijo que: 1) «Es repudiable la realización de cualquier práctica que, directa o indirectamente, pueda traer aparejada manipulación, experimentación y/o destrucción de vida embrionaria, desde que tales conductas atentarían contra los derechos fundamentales inmanentes a su condición humana»; 2) «Disponer que las prácticas de fecundación asistida tendientes a la selección de embriones viables se realicen sin criopreservación no logra sortear el dilema de qué hacer con los embriones supernumerarios o sobrantes, pues presupone necesariamente la realización de un tratamiento selectivo previo, consistente en implantar en el útero materno solamente aquellos embriones considerados viables, por sobre aquellos que en un

¹⁹ Cámara Civil y Comercial Federa, Sala I, 22/09/2011, «Homedes, Fernanda Viviana y otro c/ OSDE s/ amparo», inédito.

²⁰ Cámara Civil y Comercial Federal, sala III, 06/10/2011, «Muscente, María Paola y otro, c/ OSDE y otro, s/ Amparo».

futuro pudieran redundar en la enfermedad hereditaria de la persona por nacer»; 3) «La realización de un tratamiento selectivo posterior a la fecundación in vitro, consistente en implantar en el útero materno solamente aquellos embriones considerados viables, constituye un mecanismo de tinte eugenésico que, con el propósito de lograr a cualquier precio el nacimiento de un niño libre de enfermedades, terminaría atentando contra la humanidad de los embriones sobrantes que –por adolecer del patrón genético buscado– no fueran implantados (más allá de las mayores o menores probabilidades de sobrevivida –vida al fin– que aquellos pudieran tener –de ser implantados– una vez concluido el período de gestación)»; 4) «La selección de embriones considerados viables para ser implantados en el útero materno se aparta de la finalidad terapéutica de todo diagnóstico para convertirse, lisa y llanamente, en un mecanismo de “control de calidad” de los embriones concebidos, que atentaría contra la dignidad de la persona y su derecho a la inviolabilidad de la vida, lo que resulta inaceptable» y 5) «La solución de disponer la criopreservación indefinida de los embriones “no viables” hasta tanto se sancione un marco regulatorio a su respecto constituye –en sí misma– una afrenta directa contra la dignidad de la vida en estado embrionario, pues dejaría en suspenso la vida de un ser humano dentro de una “nevera” *ad eternum*, lo que resulta desde ya reprochable»²¹.

- c. «El vacío legal en la materia no puede ser suplido a la ligera porque la incorporación de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad requiere previsiones de financiación y consensos comunitarios con respecto a las opciones bioéticas involucradas»²².

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de la ley de cobertura integral de las TRHA, los argumentos a favor y en contra se tornaron distintos a los que se habían brindado hasta ese entonces, por cuanto, al existir regulada la cuestión de la cobertura, y no estar expresamente incorporado el DGP, los tribunales comenzaron a resolver los asuntos desde otra mirada.

En primer lugar, los argumentos frente al rechazo de dicha cobertura, se dieron de la siguiente manera:

- a. «no fue el propósito de legislador nacional al sancionar la ley 26862 y deben descartarse las posibilidades de utilización de las técnicas, tales como la experimentación, investigación o, como en el caso, la selección de embriones con determinadas características genéticas», al respecto se agrega: «surge que la demanda que originó las presentes actuaciones en rigor procura extender el objeto de la

²¹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 24/02/2012, «S., G. E. c/ IOMA s/ Amparo», en: JA 2012-II-473. Cita *La Ley Online*: AP/JUR/329/2012.

²² Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II, «R. A. y otro c/ OSDE s/ Amparo», 03/10/2012, *Microjuris online*, MJ-JU-M-77544-AR | MJJ77544.

norma bajo la que aquella se invoca. En efecto, si bien en la economía de la ley la infertilidad –como pertinentemente señala el a quo– no es un recaudo sine qua non para acogerse a sus términos, en tanto de modo expreso ampara casos que no la presuponen, de ello no se sigue que resulte aplicable a la actora, quien, de las constancias del expediente, emerge que es claramente fértil y ha conformado con su pareja una familia que desea ampliar».²³

- b. La Ley 26.862 omite al DGP entre las prácticas médicas a ser cubiertas y, en este sentido, se afirma: «el Tribunal considera necesario remarcar que no desconoce la gravísima situación que atraviesa la amparista, quien en su loable afán de dar vida ha hallado en la norma un intersticio que pueda solventar la compleja circunstancia por la que atraviesa. Pero reconocido lo anterior, también debe recordarse que no es función del Poder Judicial subrogarse en las facultades inherentes al Congreso de la Nación que, como se vio, ha descartado expresamente legislar sobre el tópico acaso, como señala la especialista Herrera, porque “excede con creces los objetivos de una ley de cobertura prestacional”, máxime si, como ha sido resaltado por este Tribunal (cfr. causas “R.N.F - O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de La Nación s/ amparo”, sent. del 3/09/10 y “L. O. A. M. - L. C. c/ Swiss Medical s/ amparo”, sent. del 8/07/13), la presente materia convoca una vasta pluralidad de bienes jurídicos, todos de rango constitucional, que exigen su armónica consideración y resguardo, de acuerdo con conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 255:293; 264:94; 272:231, entre muchos otros)».²⁴
- c. Se argumenta que «toda vez que el diagnóstico genético preimplantacional resulta inescindible del tratamiento de fertilización asistida, tal los términos en que la prestación fue solicitada y dicho estudio y acto médico implica la destrucción de determinados embriones y así de la persona humana de acuerdo al art. 19 del CCivCom., corroborado por el art.9 segunda, de la ley 26.994. Al respecto, cabe destacar que el art. 19 del Código Civil y Comercial argentino en vigencia desde el 01/08/2015 dice: “La existencia de la persona humana comienza desde la concepción” y el art. 9 segunda que se cita es una disposición transitoria en la cual se dice expresamente, que una ley especial deberá regular y así proteger la cuestión del embrión no implantado. En ningún momento se dice que el embrión sea persona humana y, por lo tanto, que su destrucción implique la pérdida o extinción de personas humanas. Por otro lado, en el fallo se desconoce absolutamente la interpretación sobre la noción de “concepción” cuando se trata de técnicas de reproducción asistida por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica en fecha

²³ Cámara Federal de Apelaciones de Salta, «M.I.N. c/ OSDE s/ Amparo», 16/06/2014, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-86812-AR | MJJ86812.

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II, op. cit.

28/11/2012 –reafirmado en el fallo más reciente del 26/02/2016– con el peso que tiene para el Estado Argentino las decisiones de este tribunal»²⁵.

Ahora bien, los argumentos dados a favor de la cobertura, se centran en dos postulados principales: 1) el DGP no es la única técnica que selecciona embriones y 2) el principio de igualdad.

- a. Dentro del primer eje, se destaca que en todo procedimiento de fertilización asistida se produce una selección de los embriones en base a distintos criterios, pues solo se implantan en el seno de la mujer los considerados de «mejor calidad» en base a estudios morfológicos y metabólicos, es decir, los «óptimos», que son los que presentan mayores probabilidades de anidación en el útero, descartándose –no implantándose– los menos viables, los no viables y cuando son supernumerarios. La única diferencia que presenta el DGP tiene que ver con su exactitud, en tanto el resto de las técnicas no cuestionadas tienen un criterio de selección azaroso. Así, se ha dicho: «... la permisión jurídica de la técnica ICSI supone admitir que no todos los embriones serán implantados en el útero de la mujer (...) al no implantarse algunos de aquellos embriones, existe una selección previa entre los implantados y los no implantados, solo que se trata de una selección (...) con menores niveles de certeza respecto a la viabilidad del embrión»²⁶. Y que: «Aún ante la existencia de un vacío legal en materia de manipulación y selección de embriones, no puede soslayarse que el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas –de jerarquía constitucional– establece que los Estados Partes “reconocen el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental... para el cual deben adoptar las medidas necesarias en orden a reducir la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños... tratamiento y lucha contra las enfermedades... creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 24 señala que se reconoce a los niños el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades... asegurar prestación de asistencia médica... combatir las enfermedades mediante la aplicación de la tecnología disponible».²⁷
- b. El otro argumento o eje de razonamiento más utilizado en favor de la obligación de cobertura del DGP es el principio de igualdad. Se intenta evitar que solo tengan hijos, mediante este método, quienes puedan pagarlo. En otras palabras, la técnica

²⁵ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, «F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas | leyes especiales», 22/12/2015, *Microjuris online*, Cita: MJ MJ-JU-M-96191-AR | MJJ96191.

²⁶ Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala I, 30/07/2014, «L., E. H. c/ OSEP s / Amparo», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/35912/2014, 2014.

²⁷ Juzgado Federal en lo Civil y Comercial, Contencioso Administrativo de San Martín, n.º 2, 16/09/2014, «G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/prestaciones médicas».

DGP no se encuentra prohibida y tiene aceptación científica a nivel internacional, y como tal, se practica ante el requerimiento de cualquier particular que de abonar los costos permanece en el anonimato. En este sentido, la mera denegación de cobertura del DGP, basada en la práctica en sí y no en el caso en concreto –la enfermedad genética que se quiere paliar–, genera una inadmisibles desigualdad entre quienes tienen capacidad económica suficiente para pagarlo y quienes no la tienen. Dejando a los sectores sociales más desprotegidos sin cobertura, debiendo soportar los padecimientos de las graves enfermedades genéticas de sus hijos. A mayor abundamiento, se destaca la justicia como «valor» intrínseco e inmutable que debe gobernar en todo decisorio judicial, sin importar el vacío normativo existente. La interpretación debe estar orientada a afianzar la justicia, por ello han concluido que «...el P.M.O. constituye un piso prestacional mínimo y no un elenco cerrado (un piso y no un techo), ya que semejante interpretación constituiría cristalizar en un momento histórico la evolución continua e incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de calidad de vida que es esencialmente cambiante (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba “A.J.A y otra s/amparo del 23/FV2010 en AR/JUR/86344/2010)”». ²⁸ Se agrega que: «No puede negarse que en la actualidad la técnica DGP se realiza de manera no clandestina en clínicas privadas por personas que afrontan el costo de la prestación en forma particular (...) de no estar protegido por ley la aplicación del método DGP se generaría una inadmisibles desigualdad entre quienes pueden y no pagarlo»²⁹.

Habiendo observado los argumentos de cada una de las posiciones, resta analizar el caso más resonado de la jurisprudencia argentina. El motivo de ser el que más «popularidad» ha tenido, es por la simple razón de que el Estado argentino ha sido denunciado frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haberse dictado una sentencia que no otorgó la cobertura del DGP a una pareja, oriundos de la Provincia de Mendoza.

En el caso³⁰, una pareja heterosexual iniciaron una acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos para obtener la cobertura integral de una fecundación artificial por la técnica ICSI, más el DGP. Estos alegaron que hasta ese momento no habían podido concebir hijos mediante TRHA por padecer una infertilidad primaria. Señalaron que en varias oportunidades habían recurrido, sin éxito, a diferentes técnicas, y, que además, habían descubierto que el Sr. L. tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto

²⁸ Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala I, op. cit. 26

²⁹ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, op. Cit.

³⁰ Para comprender el caso en todas sus etapas, compulsar: Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/09/2013, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ Amparo», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/56705/2013, 2013. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 30/07/2014, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/35912/2014, 2014. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2015, «L., E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/28879/2015, 2015.

intercromosómico. Esto último originaría embriones anormales y/o nacidos con cromosomopatías. Por esta situación, se les indicó acudir al DGP que les permitiría seleccionar los embriones sanos para luego, ser transferidos.

El máximo tribunal provincial decretó que la cobertura de FIV, ICSI, más DGP, no estaba incluida en el Plan Médico Obligatorio al que se refiere la Ley 26.862 y su Decreto 956/2013, y dándole al embrión el estatus jurídico de persona, manifestando que la vida humana se protege desde la concepción, independientemente de la implantación o no del mismo, contradiciendo el fallo de la CIDH “Artavia Murillo contra Costa Rica” que determinó que el embrión no implantado en el cuerpo de la mujer no es considerado persona por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sentenciaron, además que, según la Ley 26.862 y su decreto reglamentario, el DGP no está incluido como prestación integrante del PMO ni que deba ser cubierto por los prestadores del sistema de salud, y agregó que la Resolución interna de OSEP n.º 157/13, excluyó expresamente al DGP.

Asimismo, sostuvieron que «la interpretación del PMO en cuanto a que no debe entenderse como un conjunto rígido y taxativo de prestaciones que no puede ser ampliado o extendido a supuestos no contemplados en él, tampoco puede llevarse al extremo de considerar que por la flexibilidad de su interpretación deban satisfacerse todas y cada una de las prestaciones que solicitaran los beneficiarios del sistema de salud, sin limitación alguna».

Por su parte, el voto de la disidencia sostuvo que:

- 1) el método ICSI, que se encuentra permitido en el Derecho argentino, también se basa en elección azarosa de embriones que luego serán implantados;
- 2) el DGP no es de carácter experimental y que la selección apunta a implantar aquellos que tengan mejores probabilidades de lograr el embarazo;
- 3) protege el derecho a la salud del niño por nacer y de la persona que acude a las técnicas de reproducción humana asistida, pues no solo evita embarazos múltiples –y consecuentemente también las reducciones embrionarias– sino que además impide una nueva estimulación ováricamente a la persona –lo que genera el riesgo de sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica y con ella se evita que se tenga que transitar nuevamente por el proceso de extracción de óvulos, su transferencia e implantación–.
- 4) Las convenciones internacionales que Argentina ha ratificado e incorporado a su Constitución Nacional –art. 75, incl. 22– reconocen como derechos humanos al derecho a la salud reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.
- 5) La jurisprudencia de la Corte IDH debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció

su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, tal como lo sostiene la Corte Federal en varios de sus precedentes.

- 6) Si el DGP no se cubriera, se estaría en violación al derecho a la igualdad porque quienes pueden costearlo nunca irían a la justicia a solicitar su cobertura, en cambio quienes deben hacerlo, sufrirían los padecimientos de enfermedades genética graves de sus hijos que esta técnica podría evitar.

En razón del voto mayoritario, que trajo consigo la denegación de la cobertura del DGP, se interpuso ante la Corte Federal, un recurso extraordinario, para intentar una solución distinta por parte del máximo tribunal. Las razones esgrimidas se centraron en la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH para los países que son parte del sistema interamericano; la contradicción con el fallo de la CIDH en el que se condenó a Costa Rica; el desconocimiento de la legislación nacional aplicable al caso –ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013– cuyo objeto consiste en regular la cobertura médica integral, conteniendo disposiciones amplias y permisivas; y los principios y derechos que se violan en el caso, todos con jerarquía constitucional-convencional.

El dictamen de la Procuración fue favorable a la cobertura con similares argumentos a los plasmados en el recurso extraordinario federal y al voto disidente del Superior Tribunal Provincial, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su decisión del 1/9/2015, confirmó la negativa a la cobertura alegando simples razones. Al respecto dijo, en primer lugar, que no es necesario tratar todos los planteos efectuados –es decir, eligió no expedirse acerca de la naturaleza jurídica del embrión–, y en segundo lugar sostuvo la negativa diciendo que: «Deviene inadmisibles que sean los jueces o tribunales –y más aun dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo– quienes determinen la incorporación del catálogo de procedimientos...». Agregó «como lo ha sostenido repetidamente la Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades» y, finalmente, consideró que «la negativa de la obra social demandada a hacerse cargo del costo de la prestación cuestionada puede ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (...) en la medida en que no exista una norma específica que le imponga tal obligación (...). En consecuencia, no hay motivo alguno que justifique la descalificación del pronunciamiento apelado en cuanto convalidó esa conducta pues no es factible predicar de él que se ha apartado del Derecho vigente».

En definitiva, el Cívero tribunal argentino determinó que la cobertura del DGP no podrá efectivizarse hasta tanto el Parlamento modifique la ley de cobertura e incorpore a la nómina de procedimiento a esta técnica.

IV. LAS CUESTIONES QUE SUBYACEN DETRÁS DEL DGP

Uno de los puntos centrales, como ya se pudo notar, que subyacen detrás de cualquier debate acerca de si el DGP debe ser regulado, prohibido o aceptado, es el referido a la naturaleza jurídica del embrión no implantado.

Como se ha dicho, las principales objeciones bioéticas que se le oponen a la técnica del DGP tienen que ver con la selección de embriones que se lleva adelante en ella y el destino de aquellos que finalmente no serán implantados

Antes de adentrarse en este análisis, cabe señalar que, al momento del debate del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial argentino, todas las miradas estuvieron puestas sobre el artículo que regulaba esta cuestión, razón por la cual, como se dice, el art. 19 nació «famoso».

1. La naturaleza jurídica del embrión no implantado

Muchas son las voces que se refieren y debaten este tema, por todos los dilemas éticos, morales, religiosos, jurídicos, científicos que trae consigo. No es fácil llegar a una conclusión y, mucho más difícil, lograr un consenso.

Pero sí, lo que se permite aseverar es que las posturas, desde la ciencia jurídica, son bien contradictorias. Entre otras posturas, las mayoritarias se pueden organizar en las siguientes: a) el embrión es persona desde la concepción entendiendo a esta como fecundación, es decir, desde que el óvulo y el espermatozoide se unen, no importa si se logró dentro del cuerpo de una persona o *in vitro*; b) el embrión no implantado no es persona, porque su existencia comienza luego de la implantación dado que antes no están concebidos, c) la persona existe desde su nacimiento con vida.

En efecto, se verá entonces que establece el Código Civil y Comercial argentino en este punto. El art. 19 establece «Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción». La pregunta que se permite hacer es: ¿qué se entiende por concepción?

Pero se debe ir más atrás en el tiempo, y observar el texto de proyectado en el anteproyecto de reforma del código civil y comercial. Este art. 19 rezaba: «Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado».

Es decir, establecía que, en la filiación por naturaleza –o biológica– la persona comenzaba con la concepción, cuando, producto de una relación sexual, se unían espermatozoide y

óvulo. En las TRHA, comenzaba cuando el embrión, ya formado extracorpóreamente, se implantaba en el útero de una persona (y no digo mujer, siguiendo los lineamientos de la ley de identidad de género argentina)³¹.

Aclarado esto, y a sabiendas de lo que establece el definitivo articulado, se debe volver a hacer la pregunta ¿Qué se entiende por «concepción»? Las respuestas, desde el punto de vista jurídico, que es lo que aquí interesa, se encuentran fuera del Código Civil y Comercial, y dentro suyo.

En primer lugar, una respuesta a lo que se entiende por este concepto lo da la CIDH, en el fallo «Artavia Murillo y otros contra Costa Rica», del 28 de noviembre de 2012, en la cual se expidió sobre los alcances del artículo 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación a las técnicas de reproducción humana asistida. A lo largo de su sentencia analiza las palabras «persona», «ser humano», «concepción» y «en general», desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones, conforme: a) al sentido corriente de los términos; b) a una interpretación sistemática e histórica; c) a una interpretación evolutiva; y d) al principio de interpretación más favorable, al objeto y fin del tratado.

Entiende que esta interpretación debe hacerse de manera dinámica y, en ese sentido destaca que, a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro (FIV), entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia. Por ello, que el término «concepción» debe interpretarse como la implantación del embrión en el útero de la persona y por tanto el embrión in vitro no es considerado «persona» en los términos del artículo 4.1 de la Convención³².

En segundo lugar, la ley 26.862, prevé en su artículo 2.º la posibilidad de donar embriones y el decreto reglamentario 956/2013 habilita la posibilidad de criopreservar embriones, dado que define a la criopreservación como técnica de alta complejidad. Finalmente, el artículo 7.º de la ley establece que el consentimiento informado que se exige para la realización del tratamiento «es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer». Si en el ordenamiento vigente se considerara al embrión fecundado extracorpóreamente como una persona, ¿cómo es posible que se habilite la posibilidad de donarlo, criopreservarlo o impedir su nacimiento con la revocación del consentimiento?

³¹ La ley 26.743 de identidad de género permite modificarse el mismo en razón de la autopercepción de cada persona, sin necesidad de una intervención quirúrgica para acomodar el cuerpo con el género elegido. En virtud de ello, los movimientos LGBTIQ solicitaron modificar este art. 19 del CCyC y quitar las expresiones «seno materno» y «cuerpo de la mujer», porque no necesariamente y jurídicamente hablando, se iba a producir concepción o implantación en una mujer.

³² Para profundizar, véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., *El embrión no implantado. El proyecto de Código Civil y Comercial y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *La Ley* del 28-12-2012, p. 1.

No sería posible afirmar esto, y de hacerlo se estaría volviendo sobre los pasos ya dados o borrando con el codo lo que se escribió con la mano.

En tercer lugar, el mismo Código Civil y Comercial, en diferentes normas establecen que el embrión no implantado no es persona. Veamos.

El art. 20 explica que se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; siguiendo este análisis, concepción está unido a embarazo, y si cualquier persona tiene criopreservados embriones, no significa que esté embarazada, muy por el contrario, hasta que no exista implantación, no estará en ese estado.

Por su parte, el art. 21 sienta como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esto acontece desde la concepción o la implantación del embrión hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, se diferencia de manera precisa y tajante la diferencia y le otorga relevancia a la implantación del embrión, porque, de lo contrario, no hubiese marcado la diferencia.

Más todavía, el art. 561 que integra el Capítulo dedicado a las «Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida» dispone –en el mismo sentido que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013– que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable «mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión». Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCyC.³³

Además, se ha agregado al CCyC, la disposición transitoria segunda que establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado; es decir que, si se hubiese considerado al embrión una persona humana, esto debería estar regulado en el CCyC y no en una ley especial, por ser una cuestión central en materia de Derecho civil.

Todos estos puntos, en definitiva, nos llevan a la conclusión de que, en el Derecho argentino, está clara la situación del embrión no implantado: no es considerado persona. Pero, sin embargo, es el punto central que pone un freno –o más bien, alertas– de los motivos en los cuales se basan los rechazos a la cobertura del DGP.

V. LOS DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS

1. El derecho a formar una familia

El derecho a formar –o fundar– una familia, es uno de los derechos más significativos por el significado que tiene para las personas que eligen ser padres/madres. En este sentido,

³³ HERRERA, M.; CAMELO, G. y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., t. I, Buenos Aires (Infojus), 2015, p. 19.

se debe partir del derecho a procrear y a formar una familia, como un derecho humano inherente a toda persona y en función del reconocimiento que realiza la legislación universal y regional. De este modo, cabe decir que así lo contempla la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, en su art. VI establece que «toda persona tiene el derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella». También lo recepta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al disponer en su art. 23 (punto 2) que «Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 17 –segundo párrafo– que reconoce también «el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención».

Siguiendo esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo ya mencionado «Artavia Murillo c/ Costa Rica», efectúa una interpretación amplia del artículo 7 de la Convención Americana al señalar que «este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad»³⁴.

Además, se agrega también que «fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener»³⁵, claramente relacionado con el derecho a la salud sexual y reproductiva, que seguidamente se abordará.

Es decir, este derecho de fundar una familia –por cierto, una pieza fundamental en los planes de vida de todo ser humano– es uno de los pilares que justifica la posibilidad de hacerlo por medio de la procreación. Es que la realidad, tal como se ha mencionado, nos refleja la cantidad de personas y parejas, que han logrado alcanzar la maternidad/paternidad

³⁴ Párrafo 142 y ss. del fallo «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica», 28/10/2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵ FAMÁ, M. V., *La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano, fallo comentado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal -Sala III-, 2009-05-19, B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación, Buenos Aires (La Ley), 2009, p. 2.*

gracias al desarrollo de la ciencia y en particular, el perfeccionamiento de las TRHA de tal modo que la tasa de éxitos ha aumentado de manera considerable.

Y claro, qué mejor que beneficiarse de las ventajas que la ciencia y la tecnología brindan, para beneficiarse en pos de formar una familia sana, libres sus miembros de enfermedades genéticas.

2. El derecho a gozar de los avances y beneficios de la ciencia

Desde la óptica en la que se focaliza las especiales complejidades que traen consigo las TRHA, uno de los derechos humanos que se relaciona directamente con ellas es el derecho a beneficiarse del progreso científico. Es que, el desarrollo magnífico de la ciencia y la tecnología nos da herramientas y conocimientos para mejorar la calidad de vida de las personas.

Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad³⁶ ha establecido: «Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas».

Esto se encuentra en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al disponer, en el art. 15 b) que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones», al igual que la Declaración Americana al establecer en el art. XIII que «Toda persona tiene el derecho de [...] disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos».

Gracias al DGP ha mejorado y aumentado la calidad de la salud de los niños que nacerán y otras veces, de personas con una enfermedad, que son curadas a través de un DGP extensivo para que nazca un hermano compatible. Todos estos casos que se sabe que no tienen capacidad para desarrollarse con las consecuencias en la salud física y psíquica que se derivan de todo tratamiento o procedimiento con resultados negativos. O de manera más actual, el mencionado trasplante de útero que habilita a personas que por diferentes razones médicas no pueden gestar un niño y de este modo sí pueden hacerlo.

Por otra parte, de acuerdo al mentado fallo de la CIDH se refiere a este derecho en su entrecruzamiento con el derecho a la libertad y «la posibilidad de todo ser humano de

³⁶ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución n.º 3384, de 10/11/1975. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx>>, [Consultado el 7/4/17].

auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»³⁷.

Como ya se ha manifestado, sacar provecho de los avances de la ciencia, y así beneficiarse para lograr la prosecución de un embarazo, un parto a término y tener hijos libres de enfermedades genéticas y así superar las barreras que la naturaleza puso en determinadas personas, siempre es un logro, por lo cual, este derecho humano debe ser consagrado con la utilización de estas prácticas médicas.

3. El derecho a la salud sexual y reproductiva

Este derecho reconocido constitucional y convencionalmente, encuentra fundamento legal en los arts. 14, 14 bis, 33, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución argentina, y en el ámbito internacional, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, inc. 1.º); el Pacto de San José de Costa Rica (art. 5.º, inc. 1.º); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 24), entre otros.

Este derecho se refiere, no solo a la ausencia de enfermedad, sino a un completo estado de bienestar físico, mental y social, tal como lo explica la Organización Mundial de la Salud. Dentro de este derecho, se sitúa el derecho a la reproducción, ya sea en su faz positiva –derecho a procrear– como en su negativa –a no procrear–.

Tal como se ha dicho «la decisión de procrear constituye parte de la libertad reproductiva de las personas, en relación con la elección del contexto en el cual reproducirse: con qué medios, con quién, cuántos hijos tener, el intervalo entre ellos, etc.»³⁸.

Y este, a su vez se vincula con la dignidad de la persona, afirmándose que se la puede definir como «el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y no cabe duda que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano, con una vinculación íntima con el derecho a la vida»³⁹.

³⁷ Párrafo 142, in fine, del fallo CIDH «Artavia Murillo c/Costa Rica», del 28/11/2012.

³⁸ BLADILLO, A., «El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015-III, p. 2.

³⁹ J. Cont. Adm. y Trib. n.º 5 CABA; 24/11/2009, «P., M. E. y otros c/OSCBA», *La Ley Online*, AR/JUR/44264/2009.

VI. CONCLUSIONES

El sorprendente desarrollo de la ciencia médica y la bioética produjo un «sacudón» extraordinario en todas las ciencias a nivel global. Han pasado varios años ya, desde que las TRHA y el DGP se llevan a cabo y se observa un avance considerable y respetable teniendo en cuenta la seriedad con la que se trabajan estos temas, por parte de los profesionales de la salud.

A modo de cierre, es dable hacerse interrogantes que merecen la pena pensar sus respuestas, pero que, el avance majestuoso de la ciencia y la tecnología, seguramente nos superen antes de encontrar una respuesta; aunque estas respuestas deben verse plasmadas en normativas que regulen y controlen para que no existan alteraciones descontroladas en esta materia.

Utilizar el DGP extensivo procurando el nacimiento de un hijo, compatible con su hermano enfermo, ¿importa la «cosificación» de la persona que nacerá para «salvar» al otro? Por ahora, las respuestas las brindó el *Human Fertilisation And Embriology Authority Report*, por cuanto determinó que no existen evidencias de que el haber sido concebido de esta manera sea necesariamente perjudicial para el bienestar psicológico del niño; y que, en ausencia de información empírica relevante, la consideración de estos problemas, si bien importantes, es meramente especulativa y no debe prohibir el uso de la técnica.

Si se permite el uso del DGP en todas sus formas, ¿en qué casos debe permitirse? ¿Solo cuando implique extraer células del cordón umbilical o procedimientos menores, o incluso también cuando esto importe someter al niño que nazca a continuas operaciones o procedimientos de mayor riesgo?

Si se prohíbe, ¿sería ético dejar morir a un ser humano cuando hay opciones médicas viables para una solución? ¿sería ético negar el acceso al DGP cuando no existen otras alternativas terapéuticas?

La respuesta, en este caso, para quien suscribe es simple, siempre se debe de aprovechar del avance de la ciencia y obtener beneficios cuando se trata de tener una mejor calidad de vida, sin abusos y con reglas claras, siempre que no sea en violación de los derechos humanos y en beneficios de las personas; partiendo de la base de la igualdad, es decir, del acceso a todas las personas, sin que exista una diferencia por la situación económica de quien lo requiera.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, F., «Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)», en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_3_2006.pdf> [Consultado el 7/4/17].

- BERGEL, S. D. *et al.*, *Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires (La Ley), 2015.
- BLADILO, A., «El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. 2015-III.
- FAMÁ, M. V., *La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano, fallo comentado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal -Sala III-, 2009-05-19, B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación*, Buenos Aires (La Ley), 2009.
- HERRERA, M.; CAMELO, G. y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1.^a ed., t. I, Buenos Aires, (Infojus), 2015.
- HERRERA, M. y LAMM, E., «Técnicas de reproducción humana asistida», en *Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación*, 1^a ed., Buenos Aires (La Ley), 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., «El embrión no implantado. El proyecto de Código Civil y Comercial y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *La Ley* del 28-12-2012.
- LAMM, E., *Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona (Observatori de Bioètica i Dret), 2013.
- MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H., *Bioética y Derecho*, Barcelona (Fundació Universitat Oberta de Catalunya), 2007.
- MORENO, M. y SALAS, M., «La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Estudios constitucionales*, vol.14 núm. 2, 2016, disponible en <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-52002016000200006&lng=en&nrm=iso&lng=en>> [Consultado el 7/4/17].
- PENASA, S., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 1, 2013, pp. 235-270.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; SCHWARZE, J.; CROSBY, J.; MUSRI, C. y CARMO BORGES DE SOUZA, M., «Assisted reproductive technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry», *JBRA Assist. Reprod.*, vol. 17, núm. 4, 2013.