



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

Mónica Adriana Berdún

Trabajo final de grado:

“Derecho al acceso a técnicas de reproducción humana asistida ICSI con diagnóstico genético pre implantatorio y la protección de la vida humana en estado embrionario”.

Año: 2016

Abogacía

RESUMEN

Con la sanción de la Ley 26.862 de reproducción medicamente asistida, se ha reconocido a la infertilidad como enfermedad y se ha garantizado el acceso integral a estos procedimientos a todas las personas que padezcan dichos trastornos de salud. Dentro de la batería de técnicas de alta complejidad derivadas de los tratamientos de fertilización in vitro, se halla el DGP, siendo ésta técnica invasiva para el embrión in vitro, utilizada para la apreciación genética del mismo y su posterior selección. Como consecuencia, nos encontramos frente a la colisión del derecho a la salud reproductiva de los progenitores contra el derecho a la salud y la vida del ser humano en estado embrionario. Dicha situación, se agrava por el hecho de no haberse dictado aún la ley especial de protección embriones, como fuera previsto en la cláusula transitoria segunda del CCyCN. Se ha estudiado la situación, mediante la revisión documental de la información disponible, concluyendo que la vida humana en estado embrionario, su biodiversidad y patrimonio genético, es un límite razonable al derecho al acceso a técnicas de reproducción asistida con DGP.

ABSTRACT

With the enactment of the law 26.862 for medically assisted reproduction technology, infertility has been recognized as a disease and full access to these procedures has been guaranteed to all who suffer this condition.

Within all the assisted fertilization procedures, PGD is known as an invasive technique for genetic evaluation and subsequent selection of the in vitro embryo.

As a result, we are facing a collision between the right of reproductive health of the parents and the right of health and life of human beings in embryonic stage.

This situation is aggravated by the fact that no special law for embryos protection has been passed as it was supposed by the second clause in the civil and commercial code.

We have studied this situation by reviewing the available information and concluded that the embryonic human life, biodiversity and genetic heritage is a reasonable limit on the right to access to assisted reproduction techniques with PGD.

Índice del Trabajo Final de Grado

Introducción

CAPITULO I. Derecho a la salud reproductiva

1. Introducción
2. Reconocimiento de la infertilidad humana como una enfermedad
3. Técnicas de reproducción humana médicamente asistida y salud reproductiva.
4. Ley de reproducción médicamente asistida y Código Civil y Comercial de la Nación.
5. Conclusiones parciales.

CAPITULO II. Comienzo de la vida

1. Introducción.
2. Embriones humanos, definición, caracteres. Embriones no implantados.
3. Comienzo de la existencia de la persona humana
 - I. Antecedentes jurídicos
 - II. Estudios filosófico.
4. Status jurídico del embrión no implantado, jurisprudencia
5. Derecho Internacional, Derechos Humanos, análisis de su aplicación en el caso de los embriones.
6. Pronunciamiento de la CIDH sobre un caso específico y sus consecuencias.
7. Conclusiones parciales.

CAPITULO III. Diagnóstico genético preimplantatorio

1. Introducción.
2. Concepto, utilidad, limitaciones
3. Nueva eugenesia
4. Alcance del uso del DGP en otros países
5. Conclusiones parciales

CAPITULO IV. Destino de los embriones no implantados

1. Introducción
2. Legislación vigente
3. Aplicación del principio precautorio en relación a la protección del embrión no implantado en tanto no exista ley especial que regule su destino
4. Proyecto de ley de embriones.
5. Conclusiones parciales.

CAPITULO V. Colisión de derechos

1. Introducción.
2. Colisión de derechos
3. El derecho a la salud reproductiva y al acceso a técnicas de reproducción humana asistida con DGP contra el derecho a la vida y la salud del ser humano en estado embrionario.
4. Conclusiones parciales.

* Conclusiones Generales

* Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, las personas tienen garantizados el derecho a la salud reproductiva y a la protección integral de la familia.

Cuando la concepción natural de un hijo no es posible se acude al auxilio de la medicina.

Con la sanción el 05/06/2013 de la Ley 26862, de reproducción medicamente asistida, se garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción médicamente asistida.

En algunos casos la ciencia médica recomienda el empleo de técnicas de reproducción asistida denominada ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), mediante la cual se obtienen embriones in vitro que luego serán implantados para su desarrollo.

En el caso de familias portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles a la descendencia se recomienda el empleo de ICSI con el complemento de DGP (diagnóstico genético preimplantatorio) que permitirá conocer el estado genético de los embriones obtenidos permitiendo así la selección de los sanos antes del implante.

El empleo de estas técnicas de alta complejidad, tienen como primera consecuencia la generación de embriones, algunos de los cuales serán implantados y otros no.

¿Cuál es el destino de los embriones no implantados? No hay una regulación al respecto. El Código Civil y Comercial de la Nación en su norma transitoria segunda dispone que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. Tampoco se sabe cómo se procederá con los embriones sanos no implantados, que luego de cierto período de tiempo de congelación, pierden su capacidad para desarrollarse. Menos aún está esclarecido el destino de aquellos embriones que desde el análisis con DGP han resultado portadores de alguna anomalía genética.

Si se buscara la protección del embrión in vitro de la destrucción y/o aplicación a experimentos, sería indispensable elaborar una ley que reglamente todas las posibles situaciones derivadas de estos procedimientos de fertilización in vitro.

Es en estas circunstancias que surge otro interrogante: ¿El derecho al acceso a técnicas de reproducción humana asistida ICSI con diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) colisiona con el derecho a la vida humana en estado embrionario?

Entonces, se debe hacer un análisis del derecho a la vida de los embriones in vitro, ya que existe una corriente que sostiene que son personas desde la concepción y otra que establece períodos de tiempo distintos del comienzo de la existencia de la persona.

En la primera parte del presente trabajo, se analiza el derecho a la salud reproductiva y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, su alcance y la definición de las técnicas aplicables.

Seguidamente se estudia el comienzo de la vida humana y el comienzo de la existencia de la persona humana, definiendo que es un embrión humano y que es el proceso de embrionación en vista a identificar el status jurídico del embrión no implantado.

En base a estos conocimientos se analiza la aplicación del diagnóstico genético preimplantatorio y sus derivaciones, como la “nueva eugenesia”.

Ante la desprotección del embrión no implantado se plantea la aplicación del principio precautorio, hasta la elaboración de la normativa que regule el destino de los embriones no implantados.

Se estudia el derecho de los progenitores al empleo de la tecnología descripta frente a la protección jurídica de la vida y la salud humana en estado embrionario.

Y en el caso del embrión humano no implantado se evalúa si el reconocimiento de su dignidad como persona implica el empleo de alguna medida protectora de mayor o menor amplitud en cuanto a la tutela de su vida y su integridad.

Se analiza la conveniencia de evitar la destrucción de los embriones, su comercialización, su uso experimental y su selección por métodos de diagnóstico genético mediante un proyecto de ley de protección embriones humanos no implantados en fecundación in vitro.

Luego de analizar los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios se arriba a una conclusión respecto a la colisión de derechos involucrados y su posible solución.

He explorado la cuestión planteada utilizando el método cualitativo de investigación. Esta metodología permite el análisis pormenorizado de la situación, recabando la información pertinente y procediendo a su análisis objetivo.

Para la recopilación los datos, realicé la “Revisión documental” de las fuentes primarias y secundarias disponibles. Esta información permite el conocimiento actualizado de la cuestión, ya que al tratarse de un tema relacionado con la medicina reproductiva se halla en constante y vertiginoso avance tanto a nivel científico y como

legislativo.

Asimismo he aplicado la técnica del “análisis documental y de contenido” para el análisis de los datos, con el propósito de lograr la interpretación correcta tanto de los conceptos científicos médicos como los institutos legales y sus vacíos.

CAPITULO I

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

1. Introducción

En este primer capítulo trataré el derecho a la salud reproductiva, analizando su relación con el reconocimiento de la infertilidad como enfermedad por la OMS y la asociación necesaria existente entre este derecho y la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, junto con la recepción de estas técnicas en nuestra legislación Nacional.

2. Reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad

Siendo la infertilidad “un funcionamiento anormal del sistema reproductivo, que priva a las personas de todos los niveles socioeconómicos a crear una familia, importa una enfermedad” (Otiñano Lucero y Pandiella Molina, 2015, Apartado II).

El reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, lo realiza la Organización Mundial de la Salud por definición del concepto de infertilidad. En el mes de diciembre del año 2008, en la sede de la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, se reunieron setenta y dos profesionales (clínicos, científicos básicos y sociales, y epidemiólogos), logrando un consenso sobre ochenta y siete términos y ampliando así el originario glosario de treinta y cuatro términos que comprendía definiciones de procedimientos clínicos y de laboratorio.

La estandarización de definiciones es de vital importancia a los efectos de la recopilación internacional de datos, como así también la evaluación y comparación de resultados en TRA.

En este glosario, se encuentra la siguiente definición:

Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

El reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad trajo numerosas consecuencias a nivel legislativo local.

En la Jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, el Poder legislativo Provincial, sanciona el 02/12/2010 la Ley 14.208 Reconocimiento de la Infertilidad Humana como Enfermedad, cuyo art. 1 dice: “La presente Ley tiene por objeto el

reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación”.

En la Jurisdicción Nacional, el Poder Legislativo Nacional, sanciona el 05/06/2013 la Ley 26.862 Ley de reproducción medicamente asistida. En su art. 1 define el objeto de la ley “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”.

Es notable la diferencia de la amplitud del reconocimiento a nivel provincial respecto de la ley nacional. La normativa provincial establece un límite preciso, reconociendo la cobertura de la enfermedad sólo mediante técnicas de fertilización autóloga. La ley nacional garantiza el acceso a las técnicas de reproducción asistida en general, es decir sin ponerle límites al derecho, entendido éste como un derecho positivo en sentido amplio.

3. Técnicas de reproducción humana medicamente asistida y el derecho a la salud reproductiva

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, debió pronunciarse ante el caso “*Artavia Murillo c/Costa Rica*”, donde se discutió el derecho de los matrimonios infértiles al uso de técnicas de reproducción asistida (Corte I.D.H., Sentencia *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N°257).

Habida cuenta que hubo un efecto prohibitivo de la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte se dispuso a analizar si esta injerencia se hallaba fundamentada. Para ello analiza el argumento principal esgrimido que es la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, prohibiendo la fertilización in vitro (FIV) por la consecuente baja de embriones que ello implica.

La Corte ha tomado el caso planteado desde el punto de vista de la vida privada en cuanto al derecho a armar una familia y el derecho reproductivo de las personas.

El art 7 de la Convención Americana de los Derechos Humanos interpreta la noción de libertad, como la capacidad de hacer o no hacer mientras esté legalmente

permitido, por consiguiente la persona es libre de proyectar su vida de acuerdo a sus propias oportunidades y convicciones.

La protección de la vida privada es un concepto mucho más amplio que el concepto de privacidad, puesto que implica la posibilidad de autodeterminación de la persona, desarrollar su identidad y sus relaciones personales. Además el derecho a vida privada incluye la autodeterminación en materia reproductiva y el consiguiente acceso a la salud para que sea efectivo el goce de dicho derecho.

Por otra parte el art 17 de la Convención Americana protege la vida familiar, basándose en el rol fundamental que la vida familiar significa en la existencia de la persona y de la sociedad. El derecho a procrear es parte del derecho a formar una familia.

En el art 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se establece que las mujeres tienen derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que permitan ejercer estos derechos”.

Las circunstancias angustiantes derivadas de la falta de accesibilidad a la atención médica o a procedimientos en salud, vulneran el derecho a la integridad personal. Ya la OMS definió a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La salud reproductiva implica el acceso de las personas a la información y a “métodos para regular la fecundidad, seguros, eficaces y aceptables”.

Por consiguiente, tanto el derecho a la vida privada como a la libertad reproductiva, se relacionan con el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para su logro, en consecuencia deriva de ello también el derecho a acceder al progreso científico en técnicas de reproducción asistida, prohibiéndose toda clase de obstáculos para su ejercicio.

La CIDH dictó sentencia el 28 de noviembre del 2012, dejando establecido un antecedente de gran importancia tanto en lo referente al derecho a la salud reproductiva y el acceso a la FIV, como de la ponderación de la protección que los embriones merecerían frente a dicho derecho.

La salud, es un derecho humano fundamental que incluye la salud reproductiva. Como consecuencia existe el derecho a procrear, pero éste derecho, estimo que no puede ejercerse de modo de emplear cualquier medio posible para la consecución de su

fin, por lo tanto no es un derecho absoluto (Cerrutti, 2014; Plovanich, 2014).

No obstante el art. 2 de la ley 26.862 realiza una definición:

“A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

Dicha Ley es reglamentada por Decreto 956/2013 en cuyos considerandos establece:

“Que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida”.

Dicha definición amplía el marco del ejercicio del derecho procreacional sin límites precisos, dando lugar a discusiones respecto a las cualidades morales de los medios empleados y la posible colisión con el derecho a la vida y salud del embrión humano involucrado.

4. Constitución Nacional, Ley de reproducción médicamente asistida y Código Civil y Comercial de la Nación.

La Constitución Nacional, en el artículo 16, establece la igualdad de los habitantes de la Nación Argentina ante la ley y prohíbe la discriminación por cuanto “la nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza”.

El art 33 habla de los derechos y garantías no enumerados pero que nacen de la soberanía del pueblo, siendo éstos derechos humanos genéricos, el primero es el derecho a la vida.

Es obligación del Estado la promoción de la familia, su carácter de obligación indelegable está enunciado en el art.75 inciso 19.

Se adjudica jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre los derechos humanos enumerados en el art 75 inciso 22, éstos instan a “brindar la adecuada protección a las personas humanas desde el momento de la concepción” (Obiglio, 2013, Fundamentos).

En conclusión, la Constitución Nacional, garantiza el derecho a la vida y a la salud. Siendo también un derecho constitucional la igualdad en igualdad de condiciones, todos los habitantes que tienen derecho al acceso igualitario a la cobertura de la salud.

En el caso en estudio, las personas con infertilidad tienen acceso igualitario a los tratamientos disponibles para solucionar su disfunción y esto ha sido reflejado en el texto de la Ley 26.862 de reproducción medicamente asistida. Esta ley sancionada el 05/06/2013 por el Poder Legislativo Nacional y reglamentada el 23/07/2013 mediante el Decreto 956/2013, “tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1), sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art.10). Realiza la definición de las técnicas de referencia en el art.2 “A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

Las funciones de la autoridad de aplicación están enunciadas en el art.6:

a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente;

b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas;

c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.

d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

La ley, establece claramente que los beneficiarios serán todas las personas mayores de edad que haya explicitado su consentimiento informado, acorde a lo

previsto en la ley 26.529 (derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y que dicho consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art.7).

En cuanto a la cobertura, el art. 8 establece: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida”

El mismo artículo hace una enumeración de los procedimientos a cubrir y los incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO): “la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”.

También incluye en el PMO los procedimientos de “diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatario”.

Además asegura la cobertura de “los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud, por tratamientos médicos o por intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

El art. 4 de esta ley establece la creación de un registro único, en el ámbito de la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación, para inscribir todos los “establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de

reproducción medicamente asistida... incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones”.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 19, expresa: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Allí surge un nuevo ser diferente de sus progenitores, persona humana para el derecho (Lafferriere, 2014).

También menciona el nacimiento con vida en cuanto el art 21 dice “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

El Título V de Filiación comienza con el art. 558 que establece como fuentes de filiación “Por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

En cuanto a las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, éstas están en el capítulo 2, los artículos son:

Art.560: obligación de los centros de salud de recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de dichas técnicas, el cual debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones.

Art.561 Proporciona la forma y requisitos del consentimiento que será libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Obsérvese la notable distinción que realiza el codificador de las dos instancias: Concepción en la persona e implantación.

Art. 562: Adopta el criterio de la voluntad procreacional, mediante el cual los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, con independencia de quien haya aportado los gametos.

No obstante el Art 563 establece el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida con gametos de un tercero que debe constar en un legajo. Relativo a esta temática el Art. 564 permite a las personas nacidas por estas técnicas acceder al contenido de la información, que será relativa a los datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud y revelar la identidad del donante por causas debidamente fundadas, sujetas a evaluación por la autoridad judicial y por procedimiento breve.

La presunción de la filiación matrimonial “no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el consentimiento previo” (Art. 566). En cuanto a las formas de determinación de la filiación matrimonial el Art. 569 inciso c) dice que en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida se prueba por el consentimiento previo inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Referente a la filiación extramatrimonial, el Art. 575 también lo adjudica al consentimiento previo y además determina que cuando se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.

En cuanto a las acciones de filiación, el código en el Art. 577 dispone la inadmisibilidad de la demanda de impugnación de filiación de los hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo.

Coherentemente con lo anterior el Art. 582 establece la no aplicabilidad de la acción de reclamación de filiación en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo y con independencia de quien haya aportado los gametos.

Para todas las acciones de impugnación de filiación contenidas en los Art 588 de impugnación de la maternidad, Art. 589 de impugnación de filiación presumida por la ley, Art. 591 Acción de negación de filiación presumida por la ley; Art. 592 Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley y el Art 593 de impugnación del reconocimiento; todos estos artículos no se aplican en los supuestos de técnicas de reproducción asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

En el art. 9 del Código Civil y Comercial, se dispone de normas transitorias, de las cuales la Segunda establece: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

No obstante en el art. 57 establece una prohibición: “Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”, con lo cual se reconoce la dignidad del embrión como persona y lo hace sin distinguir si está o no implantado.

Se observa que todo el sistema jurídico ha evolucionado otorgando el derecho a la salud, dentro de este derecho se reconoce el derecho a la salud reproductiva y además

recepiona la realidad de las TRA. Abre la posibilidad concreta del acceso igualitario de las personas con infertilidad a todas las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida, permitiendo el uso de gametas y embriones con el consentimiento informado, pero no regula el alcance de dicho uso, se ha tenido en cuenta la situación de los progenitores pero no lo suficiente respecto de las consecuencias disvaliosas de la aplicación de estas técnicas.

Además la ley especial para la protección del embrión no implantado todavía no se ha sancionado, no se ha reglamentado cuál es el límite de embriones que se pueden congelar, tampoco por cuanto tiempo. Excepto la prohibición del art. 57 del CCCN, no hay otras limitaciones a posibles intervenciones sobre dichos embriones como por ejemplo su selección y descarte mediante diagnóstico genético.

5. Conclusiones parciales

El derecho a la salud ha sido expresado constitucionalmente a partir de la reforma de 1994, mediante la introducción de los tratados internacionales sobre derechos humanos por art. 75 inc.22. Dado que la legislación Argentina ha reconocido a la infertilidad como una enfermedad, en respuesta a la definición oportunamente realizada por la OMS, se infiere que, el derecho a la salud reproductiva es un sub ítem del derecho a la salud. Siendo la legislación Nacional amplia en lo referente al acceso de las personas a la tecnología médica necesaria para regular la fecundidad, incluidas las técnicas de reproducción medicamente asistidas, se discute, si el alcance de dichos derechos tendrían que hallar un límite en la cualidad moral de las metodologías científicas empleadas. La legislación Argentina permite el acceso igualitario de las personas con infertilidad a las TRA, no regulando el alcance del uso de las gametas y de los embriones. No se ha dictado la ley de protección de embriones prevista en el CCyCN, presentándose una posible colisión de derechos entre el derecho a la salud reproductiva con el derecho a la salud de los embriones humanos. La falta de límites legislativos, puede dar origen a peticiones bioéticamente discutibles (Bariffi y Pelle, 2016).

CAPÍTULO II

COMIENZO DE LA VIDA

1. Introducción

Este capítulo trata del comienzo de la vida, particularmente la vida de los embriones. Para ello en primer lugar, realizaré una definición de los mismos y la descripción de su evolución, para luego poder abordar el tema del comienzo de la existencia de la persona humana, tanto en sus raíces jurídicas como también en las doctrinas filosóficas que se ocupan de este problema. Con sustento en los conceptos extraídos del análisis anterior, pasaré a revisar la jurisprudencia relevante a los efectos de estudiar el status jurídico del embrión no implantado. Luego realizaré un breve examen de los instrumentos de Derecho Internacional aplicables al tema, para finalmente efectuar una observación sobre el pronunciamiento de la CIDH sobre un caso específico y sus consecuencias.

2. Embriones humanos, definiciones, caracteres. Embriones no implantados.

Haciendo uso del Glosario de términos en TRA de la OMS, se extraen dos importantes definiciones para comenzar con el estudio de los embriones, éstas son fecundación y embrión:

Fecundación: penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.

Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación). (Esta definición no incluye partenotes – generados a través de partenogénesis- ni productos de la transferencia de núcleos de células somáticas).

Desde el inicio de su desarrollo el embrión es una unidad biológica autónoma y diferente.

El embrión posee autonomía genética, puesto que tiene el principio constitutivo del ser aunque dependa ambientalmente del útero (Sgreccia, 1998).

Sus características son la individualidad y la autoorganización. Se lo considera una unidad metabólica activa (Monge, 1988). Contiene en su ADN la información necesaria para organizar un nuevo ser humano, de no mediar acontecimientos extraños, desde que se active el primer gen, se llevará a cabo la formación del individuo, requiriendo el ambiente adecuado para su desarrollo.

En 1985, en el Reino Unido, la comisión dirigida por Mary Warnock y formada por miembros de distintos orígenes académicos, decide fijar un límite arbitrario que permita determinar claramente con cuales embriones humanos es lícito experimentar y con cuáles no fuera posible. No se pretendió discutir sobre la vitalidad o la humanidad del embrión, ni tampoco si en el caso de implantarse el mismo se desarrolla un ser humano completo, porque estos temas ya eran considerados ciertos. Lo que interesó fue determinar si un conjunto de cuatro o dieciséis células originales deben ser tratadas legalmente de forma distinta a un feto plenamente formado.

Así pues, se estableció arbitrariamente que el día 14 después de la fecundación era el momento para justificar o no la posibilidad de experimentar con el embrión.

Se tomó el día 14 porque luego de unos 15 días de la fecundación se desarrolla la línea primitiva, la cual es el resultado de varias etapas embriológicas anteriores y constituye una estructura provisoria asociada a la gastrulación. Este proceso dará lugar a las tres capas embrionarias (endodermo, mesodermo y ectodermo) de cuyas células se derivarán mediante un sistema de especialización, todas las demás células del organismo, incluido un primitivo sistema nervioso.

El día 17 aparece el surco neural, entre los días 22 y 23 los pliegues neurales que son el antecedente de la médula espinal.

Al inicio de la división celular, hasta cuatro células embrionarias, cada una de ellas es totipotencial, es decir que si se separan dos células, cada una de ellas tiene potencialidad para dar lugar a un embrión.

Por lo tanto, después que un ovocito humano ha sido fecundado por un espermatozoide humano se forma el cigoto, que es considerado un ser vivo unicelular, genéticamente humano con potencialidad de desarrollo a partir de sus propios componentes.

El embrión evoluciona de cigoto a blástula, luego a morula, de morula a blastocisto y como blastocisto se implanta.

La implantación no significa un cambio en la esencia del embrión, sino que cambia las condiciones en que el mismo se desarrolla.

Como consecuencia se tiene que todas las etapas del desarrollo embrionario son esenciales, todo el proceso ocurre en forma sistemática y estructurada y todas las fases tienen igual importancia (Stasiow y Simoncelli,2009).

De los cigotos que se producen, normalmente, solo el 20 % tiene capacidad para implantarse en el útero y comenzar un embarazo, los demás o no se implantan o se pierden luego (Zegers Hochschild, 2012).

3. Comienzo de la existencia de la persona humana

I - Antecedentes jurídicos

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 4 dice “toda persona tiene derecho a la vida desde la concepción”.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 19 establece que la existencia de la persona humana comienza en la concepción.

Hay dos posiciones doctrinarias respecto a que se entiende por concepción:

- A) Concepción que acontece en la fecundación.
- B) Concepción que acontece en la implantación.

Veamos cada una de ellas:

A) La concepción como acontecimiento ligado a la fecundación: Los que defienden esta posición se basan en varias razones, entre las cuales, en primer lugar se apela al anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, el cual diferenciaba en el art 19 dos situaciones, la concepción en el seno materno y la implantación del embrión concebido in vitro.

Además el art. 561 referente al consentimiento informado en TRA establece que este es “libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”, puede interpretarse entonces que existe una concepción fuera de la persona, lo cual guarda correlación con lo expresado en el proyecto original del art. 19 visto en el párrafo anterior.

En la prohibición del art. 57, se refiere genéricamente al embrión, sin distinción de implantado o no, por lo tanto la protección que otorga es de carácter amplio.

Se esgrime que el concepto de persona es anterior a la ley y procede de la naturaleza misma. Siendo así, ¿por qué debe tratarse de distinto modo el embrión que se

halla en el seno materno del que se encuentra in vitro, siendo que biológicamente tienen características humanas desde su origen? (Lafferriere, 2014).

B) La concepción como hecho unido a la implantación: Como dice la Dra. Lamm (2015) “quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlo con el concepto inverso”(Lamm, 2015, Apartado 2). Hay criterios claros para establecer la muerte o final de la persona, aun cuando todavía sigan numerosas células vivas. Por ejemplo, en la muerte encefálica, en el cuerpo permanecen células vivas que se usan en algunos casos para transplantes y sin embargo la persona está jurídicamente muerta. Desde este tipo de razonamiento, el embrión in vitro aun no es persona porque no tiene posibilidad de desarrollo fuera del seno materno, aunque mantenga su potencialidad. Claramente es distinto ser persona que ser una persona en potencia.

A pesar de todo lo expuesto, aunque al embrión in vitro no se lo considere una persona, tampoco es una cosa, sino que debe tener un “status moral intermedio” tal que le permita obtener cierta protección, pero no toda la que corresponde a una persona física (Lamm, 2015, Apartado 10).

Por otra parte la CIDH arribó en el año 2012 a la conclusión que la concepción equivale a la implantación (Sentencia Artavia Murillo c/Costa Rica). Respecto de la pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? La CIDH considera que existen diversas valoraciones según la perspectiva abordada sea biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa. Coincide con otros Tribunales Internacionales en que no se dispone de una definición de consenso.

Hay concepciones que otorgan al óvulo fecundado la cualidad de vida humana plena, algunas de ellas le confieren atributos metafísicos a los embriones.

Aun en dicha circunstancia es necesario definir el término concepción apoyada en pruebas científicas, haciendo alusión a dos momentos esenciales en el desarrollo embrionario, que son la fecundación y la implantación, siendo el segundo momento el que determina la concepción, porque al momento de la fecundación, el óvulo se transforma en una célula nueva distinta, con potencialidad genética para recrear un nuevo ser, pero nunca podrá desarrollarse sin la implantación en el útero materno que le permita obtener los nutrientes y el ambiente adecuado para su crecimiento. De modo que, en este orden de los acontecimientos, la CIDH entiende que la concepción no puede ser excluida del cuerpo de la mujer, considera además que es prueba suficiente

que una vez ocurrida la misma, el corion segregue la hormona “gonadotrofina coriónica humana” que le permite enviar una señal al cuerpo de la gestante, que le indica el haberse producido la implantación y por lo tanto los ovarios responden a la señal no produciendo más óvulos durante el embarazo. Además la detección de esta hormona es el medio bioquímico de que se dispone para detectar la presencia de un embarazo, sin el hallazgo de esta hormona en la sangre de la mujer, es imposible saber si hubo unión del óvulo con el espermatozoide y esta unión se perdió antes de implantarse.

La CIDH concluye entonces que el momento de la concepción está asociado a la implantación y por lo tanto, antes de ese evento, no es posible aplicar el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos al embrión, puesto que no es posible considerarlo persona.

Hay que tener en cuenta que al tiempo de celebrarse la Convención Americana de Derechos Humanos no existía la fertilización in vitro, por lo tanto no ha sido posible considerar la posibilidad de la existencia de este tipo de disquisiciones.

II – Estudios filosóficos

Las corrientes filosóficas dedicadas a los asuntos bioéticos involucrados en esta temática son:

-Dualismo o personismo: Distingue la vida biológica de la vida personal. Se le adjudica la condición de persona a aquel ser humano capaz de realizar ciertas funciones; estas funciones fueron denominadas por J. Fletcher (1970) “indicadores de humanidad”. Por lo tanto para el dualismo será persona aquel ser humano capacitado para comportarse como persona.

El autor norteamericano Tristram Engelhardt (1995) jerarquiza a los seres humanos según posean o no autoconciencia y libertad. Para este autor los seres humanos adultos aptos, es decir mentalmente capacitados, tienen un rango moral propio más elevada que los fetos o que los niños pequeños.

Según este mismo autor, además del cuerpo, las gametas, cigotos y fetos, son algo propio entendido como prolongación y fruto del propio cuerpo. Al ser propio, se puede disponer.

Del dualismo surge la adjudicación a los padres de un derecho de propiedad sobre los embriones y por lo tanto pueden congelarlos, implantarlos, donarlos para su implantación en otra persona o para fines experimentales.

-Utilitarismo: Distingue el concepto de persona del de individuo de la especie humana. El utilitarismo se apoya sobre dos bases principales: La primera de ellas es que solo se atribuye derechos a los individuos de las especies que tengan capacidad sensorial y particularmente sensibilidad al dolor. Debido a que el embrión comienza a desarrollar un sistema nervioso entre las 5 y 8 semanas, no habría sufrimiento en el período previo a este primitivo sistema, por lo tanto sería posible experimentar con él durante ese lapso de tiempo de inmadurez neural. La segunda base de sustento es considerar que la experimentación es posible cuando su finalidad es el “mayor bien del mayor número”, por ejemplo, sería aplicable la utilización de tejidos embrionarios para transplantes.

Ya en el informe Warnock, del 18 de julio de 1984, se inventó el término pre-embrión para denominar al embrión de menos de 14 días de desarrollo desde la concepción y que es el período lícito, de acuerdo con el informe, para experimentar con él.

Jacques Testart (1992) señala que la determinación arbitraria del día 14 es una maniobra del utilitarismo con el fin de lograr la eugenesia.

Para Peter Singer (1997), el cigoto después de unos días de desarrollo, sigue siendo un conjunto de células sin las características anatómicas del ser humano en el que se pueda convertir. Por lo tanto, la vida de un embrión, no tendría más valor que la de un animal en un nivel similar de capacidad de sentir y autoconciencia, de este modo llega a concluir que el embrión no es persona y por lo tanto no tiene el mismo derecho a la vida.

-El utilitarismo ha desarrollado un tercer principio que Richard Rider (1970) denominó “espeicismo” o “especismo”, también Singer (1997) ha empleado esta terminología porque niega la diferencia cualitativa entre el ser humano y el animal, frente a lo cual prefieren emplear en experimentación embriones poco desarrollados que usar animales desarrollados que pueden sufrir.

La producción de embriones está ligada necesariamente a la FIV. Dado que existe un derecho al hijo, parece lícito cualquier procedimiento contra la infertilidad, como lo es la FIV, aunque la FIV como remedio a esta enfermedad es bastante limitado, porque se calcula que solo sobreviven un 5% de los embriones producidos. De todos modos, la FIV produce embriones supernumerarios que pueden ser congelados o donados, ya sea para el embarazo o para ser utilizados en la investigación científica.

-El carácter personal del embrión ha sido objeto de una construcción amplia elaborada por Xavier Zubiri (1986). En ella distingue entre el concepto de personeidad y el de personalidad. La personeidad existe desde la concepción y la personalidad es una construcción paulatina en el transcurso de la vida.

No le es posible adquirir personalidad a alguien que no tenga carácter estructural de persona, al que Zubiri denominó personeidad. El embrión tiene personeidad.

Los derechos humanos atribuidos a la personeidad, serían anteriores a los que procedan de la personalidad, involucraría el derecho a la vida y al ambiente adecuado (útero materno).

-Stephen Schwarz (1980) diferencia entre “ser persona” y “funcionar como persona”. Para funcionar como persona, se necesita tener capacidad de razonamiento, tener intención y poder sentir. Pero para ser persona alcanza con poseer “la capacidad básica intrínseca de funcionar como persona, aún si tal capacidad no está actualizada y tampoco se va a actualizar” (Lambobarda, 2014, Apartado 5).

4. Status jurídico del embrión no implantado, jurisprudencia.

En el ámbito de la justicia de Europa, es muy interesante las conclusiones obtenidas en el caso “Brüstle Oliver c/Greenpeace eV” del 18 de octubre del 2011, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C34/10:

Por pedido de Greenpeace eV el Tribunal Federal de Patentes de Alemania declaró la nulidad de la patente cuya titularidad pertenecía al Sr. Oliver Brüstle, porque dicha patente se refiere a células progenitoras neuronales producidas a partir de células madre embrionarias humanas. Para la toma de esta decisión, el Tribunal Supremo Federal Alemán, al cual recurrió el Sr. Brüstle, preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación, del concepto de “embrión humano” con el objeto de precisar si la patentabilidad del embrión humano es excluida en todas sus etapas de vida o si debe tenerse en consideración otras cuestiones como por ejemplo, determinados períodos de desarrollo.

La decisión fue la no patentabilidad del embrión humano por implicar su destrucción, cuando el procedimiento consiste en extraerle células madre al blastocisto. Solo se podrán utilizar embriones humanos “con fines terapéuticos o de diagnóstico que

se aplica y que es útil al embrión” y puede ser objeto de patente, pero su utilización con fines de investigación científica no es patentable.

Para el examen del concepto de embrión humano, el tribunal se limitó a la interpretación jurídica de la norma pertinente, que es la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas¹.

Dicha interpretación demuestra que el legislador de la Unión, quiso excluir cualquier tipo de patente que invada o vulnere el respeto debido a la dignidad humana. Considera al embrión humano en sentido amplio, es decir que incluye en la calificación al caso del óvulo no fecundado al que se le haya implantado un núcleo de una célula humana madura, y el del óvulo no fecundado que ha sido estimulado para dividirse y desarrollarse por partenogénesis, porque en ambos casos los embriones así obtenidos tienen capacidad para desarrollar un ser humano, de igual modo que lo hace el embrión proveniente de la fecundación.

En Alemania a los efectos de la Ley “se entenderá por embrión ya al óvulo humano fecundado, susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos, así como cualquier célula totipotente extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo” (Ley sobre protección de embriones, 1990, art. 8.1).

La Corte Suprema de Irlanda en el caso *María Roche v. Thomas Roche* del 15 de diciembre de 2009, declaró que el embrión concebido in vitro no es la persona por nacer protegida por la Constitución de Irlanda.

"El Estado Irlandés reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en cuenta a la igualdad del derecho a la vida de la madre, garantías en sus leyes el respeto, y, por lo como sea posible, por sus leyes para defender y reivindicar ese derecho".

Se trata de una pareja casada, que se sometieron a una FIV, por la cual se crearon seis embriones viables, tres de ellos fueron inmediatamente transferidos al útero de la demandante y los otros tres fueron criopreservados. La transferencia fue realizada con éxito y la demandante quedó embarazada, dando a luz a una hija en 2002. Hacia el final de ese embarazo, surgieron dificultades y la pareja se separa legalmente. El

¹ Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126026>

problema se suscitó respecto de lo que debería hacerse con los tres embriones congelados restantes. La demandante solicita se impida la destrucción de los embriones reivindicando el derecho a la vida de los mismos.

Se analizó si los embriones congelados eran "no nacidos" a los efectos del artículo 40.3.3 de la Constitución² y si la demandante tenía derecho a la devolución de dichos embriones al útero en virtud del artículo 40.3.3 y / o el artículo 41 de la Constitución o de otra manera.

El Tribunal Supremo concluyó que los embriones congelados no eran por "nacer" en el sentido del art. 40.3.3°, 1, ya que la Octava enmienda de la Constitución que dio lugar a la formulación del artículo 40.3.3° fue con el fin de conseguir la prohibición del aborto, excepto cuando existe un riesgo real e importante para la vida de la madre. El artículo se refiere entonces a la interrupción del embarazo y no a los embriones in vitro. Para el tribunal de justicia, la enmienda a la Constitución se refiere al no nacido como al feto o niño dentro del vientre materno, es decir luego que el embrión se implantó, no fue su voluntad pronunciarse sobre el comienzo de la vida humana.

El hecho de que los embriones en cuestión no eran "por nacer" en el sentido del artículo 40.3.3 ° de la Constitución no significa que estos embriones no deben ser tratados con respeto, como entidades que tienen el potencial de desarrollarse como seres humanos completos.

En el caso "Evans c. Reino Unido" el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 7 de marzo del 2006, debió pronunciarse respecto del derecho a la vida y las medidas de protección de los embriones, particularmente la destrucción de los no usados por la revocación del consentimiento de una de las partes en el tratamiento de fecundación in vitro, debido a que la ley Británica no les reconoce la condición de sujetos de derecho.

El juez competente, el Juez Wall, en sentencia del 01 de octubre del 2003, consideró que en lo sustancial un embrión no es una persona que goce de los derechos protegidos por el Convenio. La legislación establece un proceso de tratamiento que se sustenta en dos pilares, el consentimiento y el interés del niño en nacer. El Juez Wall estimó perfectamente justificado que la Ley exija que las dos personas que forman la

² Artículo 40.3.3 "El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en la medida que sea practicable, por sus leyes defender y afirmar ese derecho"

pareja involucrada en un tratamiento por FIV estén de acuerdo en el mismo, y que permita a cada uno de ellos dejar de participar en el proceso en todo momento hasta la implantación embrionaria.

La demandante sostiene que las disposiciones de la Ley británica, que imponen la destrucción de los embriones tras la revocación del consentimiento dado por su ex pareja a la conservación de éstos, constituyen un atentado a su derecho a la vida e implican por ello la violación del artículo 2 del Convenio, cuyas disposiciones aplicables dicen lo siguiente: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley (...)”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que en la Sentencia *Vo contra Francia*³, consideró que a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los Estados. El Tribunal tiende a considerar que se les debe reconocer a los mismos ese ámbito. Si la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo, ni le autoriza a prevalerse (por interpósita persona) del derecho a la vida garantizado por el artículo 2, entonces concluye que no ha habido violación de esta disposición.

El Tribunal advierte que, insertando en la Ley de 1990⁴ una disposición clara basada en consideraciones de principio, que reconoce a cada una de las personas afectadas por un tratamiento de FIV la libertad de retractarse hasta el momento de la implantación del embrión, y que la misma fue explicada a los participantes en el tratamiento en cuestión y que figuraba explícitamente en los formularios que éstos firmaron, el Reino Unido no ha excedido el margen de apreciación de que dispone ni ha roto el equilibrio exigido por el artículo 8 del Convenio⁵.

³ S.T.E.D.H., *Vo v. Francia*, (2004) 52,nº53924/2000.

⁴ Uno de los grandes objetivos de la Ley de 1990 es defender el interés del niño. El artículo 13.5 enuncia: «No se podrá someter a una mujer a un tratamiento sin haber tenido en cuenta el interés de todo niño que pudiera nacer al término del mismo (incluida la necesidad, para este niño, de tener un padre) y el interés de cualquier otro niño para quien este nacimiento pudiese tener consecuencias». El segundo gran objetivo de la Ley de 1990 es no autorizar la implantación de embriones salvo si las dos personas que han donado los gametos (es decir, el esperma y los óvulos) han mantenido su consentimiento a lo largo de todo el proceso.

⁵ **Derecho al respeto a la vida privada y familiar**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad

En la jurisprudencia Italiana tenemos el caso de Rosetta Costa y Walter Pavan, portadores sanos de la enfermedad conocida como fibrosis quística, lamentablemente han hecho ese descubrimiento luego el nacimiento de su primer hijo con fibrosis quística. Esta pareja quiso tener un segundo hijo que no fuera afectado por la enfermedad recurriendo a las TRA, pero la ley Italiana, específicamente la ley 40 reserva el acceso a las TRA solo para parejas estériles o infértiles y prohíbe el diagnóstico genético preimplantacional (DGP). La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) resolvió a su favor en el caso llamado Costa y Pavan v. Italia del 11 de febrero de 2013, en el que determinó que la ley de reproducción asistida de Italia violó los derechos de esta pareja portadora de una enfermedad hereditaria, al impedirles que diagnosticaran a los embriones obtenidos por fertilización in vitro. La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la prohibición del DGP no es proporcional, ya que la legislación Italiana por otra parte, permite la interrupción del embarazo si un feto demuestra síntomas de una grave enfermedad. Además el TEDH considera que el derecho a emplear una técnica de reproducción asistida para que el hijo no sufriera de fibrosis quística es un mecanismo tendiente a proteger el derecho a la familia y a la vida privada consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, se observa en este caso, que el TEDH al permitir el DGP y el consiguiente descarte de los embriones portadores de enfermedad genética, no los está considerando personas sujetos de derechos.

En el ámbito de la justicia local, en el caso L., E. H. y otros c/ Obra Social de Empleados Públicos s/amparo, La Sala 1 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el 4 de mayo de 2015 por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por los recurrentes y, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, que había denegado la cobertura integral del tratamiento de fertilidad solicitado por los actores. En la sentencia dictada por la Corte Mendocina, el juez Pérez Hualde resolvió que “de acuerdo con el ordenamiento jurídico argentino, la vida humana es protegida desde la concepción, independientemente si el embrión ha sido implantado en el seno materno” y concluyó que la técnica solicitada por los recurrentes importa la selección y descarte de embriones violentando la protección constitucional de la vida humana. El

democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

juez llega a la conclusión que debe prevalecer la vida del embrión no implantado sobre el derecho a la salud reproductiva de los actores. Basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño, infiere que los embriones son “personas” y por lo tanto “no puede autorizar su libre disposición”.

5. Derecho Internacional, Derechos Humanos, análisis de su aplicación en el caso de los embriones.

Se debe tener presente que varios de los instrumentos a analizar fueron emitidos en tiempos en que no se conocían las TRA y por lo tanto tampoco se analizaba el status del embrión no implantado, de todos modos y frente a la posibilidad de ser sujeto de derechos y/o persona, es importante recordar los derechos fundamentales que le serían aplicables.

a. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU)

En un contexto de post guerra la Asamblea general de las naciones Unidas realiza la Declaración Universal de Derechos Humanos siendo particularmente relevante a los efectos de este estudio los artículos número 3 y 6.

El artículo 3º dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” El artículo 6º dice: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

b. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948, Bogotá)

La Organización de los Estados Americanos, mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adopta la Declaración Americana de los derechos y Deberes del hombre. En esta declaración el artículo I establece “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” y el artículo XVII que “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York)

Son de particular interés los artículos 6, 7 y 16. El artículo 6 dice que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la

ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. El artículo 7 “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. El artículo 16 “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

d. Convención Americana de Derechos Humanos (1969, Pacto de San José de Costa Rica)

Los artículos relevantes son el 1, 3, 4,5, 19 y 24.

Artículo 1: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 3: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

e. Convención de Derechos del Niño (1989, Nueva York)

Mediante la Ley 23849, el Congreso de la Nación adopta la Convención de Derechos del Niño, haciendo en el artículo 2 de la ley una reserva: “Con relación al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, la República Argentina declara

que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

El artículo 2 establece el alcance de la Convención: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El artículo 3 Inciso 1: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El artículo 6: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

El artículo 18: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

6. Pronunciamiento de la CIDH sobre un caso específico y sus consecuencias.

En el caso “Artavia Murillo c/Costa Rica”, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se analizó el derecho de los matrimonios infértiles al uso de

técnicas de reproducción asistida (Corte I.D.H., Sentencia *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N°257).

Dada la normativa de carácter prohibitivo de la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte se dispuso a analizar si esta injerencia se hallaba fundamentada. Para ello analiza el argumento principal esgrimido que es la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, prohibiendo la FIV por la consecuente baja de embriones que ello implica.

La CIDH declaró en su sentencia que Costa Rica es responsable internacionalmente de vulnerar el derecho a la vida privada y familiar, a la autonomía personal, a la salud sexual, al derecho a gozar del desarrollo científico y tecnológico y el principio de no discriminación (artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2).

La Corte analizó también el concepto de persona a los fines de interpretar correctamente el artículo 4.1 de la Convención, así consideró que los términos concepción y ser humano deben valorarse desde el contexto científico actual. En este marco existen dos corrientes, una que considera a la concepción equivalente al momento de la fecundación, y otra que la entiende como el momento de la implantación del embrión en el útero.

Con respecto al comienzo de la vida humana, la Corte señala que existen diversas valoraciones según la perspectiva desde la cual sea analizada (biológica, filosófica y religiosa), además concuerda con otros tribunales internacionales en cuanto que no existe consenso en la definición del inicio de la vida. Sin embargo, dado que el embrión que no se implanta nunca logrará su desarrollo, la Corte dedujo que la concepción no puede ser apartada del cuerpo femenino. Por lo tanto, la Corte entendió que la concepción tiene lugar en el momento de la implantación y por consiguiente antes de ese momento no se aplica el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las sentencias que emite la CIDH son obligatorias para los Estados partes comprometidos a cumplirlas, según lo normado en el artículo 68 de la Convención⁶.

Para nuestra Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia de la CIDH es pauta de interpretación de la cual los jueces se pueden apartar si existen razones debidas para

⁶ Artículo 68 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

ello. Los fallos de la CIDH son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado. Estos decisorios y sus fundamentos, no tienen efectos generales sobre otros casos similares en el Estado parte ni en otro, ya que la Convención Americana no contiene disposición alguna al respecto (Righi, 2010).

7. Conclusiones parciales

No hay una definición de consenso respecto de cuando comienza la vida. Desde la formación del cigoto, el embrión es autónomo genéticamente hablando, pero dependiente del entorno para su desarrollo. Todas las etapas involucradas en el mismo son igualmente importantes y esenciales. El establecimiento de un límite cronológico para definir la licitud de su utilidad, en propósitos diferentes a la consecución de un embarazo, es arbitraria y permisiva del intervencionismo experimental científico. Solamente el embrión humano implantado podrá desarrollarse, pero se discute en que momento adquiere la calidad de persona sujeto de derechos. El CCyCN dice que la persona comienza en la concepción.

De las discusiones doctrinarias respecto de cuándo acontece la concepción, la mayoría entiende que esto ocurre en el momento de la implantación, puesto que antes de la implantación el embrión sólo sería una persona en potencia. Sin perjuicio de lo antedicho el embrión tendría cierto status intermedio ya que no se lo puede considerar una cosa, puesto que siendo un ser humano en estado embrionario es más que la simple materia. En el campo filosófico el debate fundamental se halla dividido, ya que tanto el dualismo como el utilitarismo permiten la disposición de los embriones por no considerarlos personas con derecho a la vida y las corrientes opuestas le atribuyen el derecho fundamental a la vida, porque lo consideran previo a la formación de la personalidad.

Del análisis de la jurisprudencia de distintos países se observa que cada sociedad tiene una legislación más o menos protectora de los embriones, de acuerdo a sus propios principios jurídicos, filosóficos, científicos y religiosos. La legislación Nacional, establece claramente en el CCyCN que el embrión será sujeto de una ley especial para su protección, pero dicha ley todavía no ha sido promulgada. Si se

considerara al embrión no implantado sujeto de derechos, le serían aplicables los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero, se debe tener presente que en los tiempos en que estas convenciones fueron celebradas, no se habían desarrollado las técnicas de fertilización in vitro y por consiguiente era impredecible la posibilidad del surgimiento de este tipo de conflictos. Es así, entonces, que al analizar el fallo de la CIDH en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, la CIDH llega a la conclusión de que la concepción ocurre en la implantación y por ello antes de este acontecimiento no es posible aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, porque ésta protege la vida del concebido. Observo que se emplea un instrumento en el cual, al momento de elaborarse, no se pudo prever la existencia de un embrión fuera del cuerpo materno y tampoco las circunstancias derivadas de ese hecho. Considero esto último razón suficiente para apartarse, en este aspecto, de la jurisprudencia de la CIDH, ya que estos fallos son pauta de interpretación pero no tienen alcance general, salvo para los Estados partes del caso concreto.

Es por todo ello que considero de vital importancia profundizar el debate de un proyecto de ley de protección de los embriones que armonice con el espíritu de la ley vigente en nuestro país y que prevea todos los posibles conflictos que surjan del empleo de los embriones no implantados.

CAPITULO III

DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO

1. Introducción.

En el presente capítulo, desarrollaré en primer lugar el concepto de Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), los tipos de técnicas existentes y su utilidad. Luego analizaré si las conductas derivadas del empleo de este procedimiento, se pueden catalogar como comportamientos eugenésicos. Dado que el tema en cuestión, adquiere la dimensión suficiente para la discusión bioética, cada sociedad, realiza su propio debate y en consecuencia, organiza el sistema normativo aplicable. Por último, describiré, a modo de ejemplo, las normas de algunos países, con la finalidad de obtener un panorama de cómo se regula el uso del DGP en otras sociedades.

2. Concepto, utilidad, limitaciones

El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) es una técnica compleja que permite el estudio del ADN de los embriones humanos concebidos in vitro, antes de ser transferidos al útero, con el objeto de separar aquellos que ostentan determinadas características deseables y/o eliminar los que tienen algún tipo de defecto congénito.

El DGP se utiliza para seleccionar los embriones obtenidos in vitro a través del estudio de sus cualidades genéticas. La denominación se refiere a un diagnóstico, pero en realidad es un sistema de clasificación de los embriones ya que “no se busca la cura del diagnosticado” (Lafferrière, 2015, Apartado II). Los embriones que no sean transferidos para su implantación, serán crioconservados o descartados.

Para poder realizar el análisis genético, es necesario extraer una o más células de cada embrión para su estudio. Hay varios tipos de DGP y éstos son:

- a) Biopsia de cuerpo polar: En este procedimiento se analizan las células de los cuerpos polares de los óvulos antes de la fecundación, por lo tanto sólo ofrece el conocimiento de la genética de la mujer, no posibilita el conocimiento de la genética paterna ni de las anormalidades que sucedan luego de la fecundación.
- b) Biopsia de blastómero: Este análisis se efectúa sobre el embrión que cuenta con 6 a

10 células, que se hallan en el tercer día después de la fecundación. Es un procedimiento invasivo para el embrión, cuestión que se minimiza con el uso de una sola célula, con el inconveniente de que una sola célula puede dar falsos resultados en el diagnóstico. Para evitar errores diagnósticos se utilizan dos o más células blastómeras, pero en este caso se arriesga la vida y la salud del embrión. A pesar de las desventajas enunciadas, ésta es la técnica más utilizada actualmente.

c) Biopsia de tejido extraembrionario: Se realiza cuando el embrión ha alcanzado el estado de blastocisto, se emplean las células de su capa externa para evitar su invasión, pero hay menos embriones disponibles ya que sólo el 30 a 60% de los embriones producidos in vitro llega a blastocisto en cultivo artificial.

d) Pesquisa de aneuploidías: La célula aneuploide es aquella que cuenta con un número de cromosomas alterado, en los seres humanos el número normal de cromosomas, haploide, es veintitrés. La pesquisa de aneuploidias permite detectar embriones con cromosomas normales no habiendo indicación de enfermedad genética hereditaria. No se ha comprobado su eficiencia clínica (Magli, 2008).

La técnica que se utiliza para analizar el ADN es la reacción de polimerasa en cadena o PCR, que permite ampliar segmentos de ADN para su estudio. La técnica tiene riesgos, como por ejemplo la pérdida de un alelo. Para estudiar alteraciones cromosómicas se usa la hibridización in situ fluorescente FISH.

En el estudio por DGP, es posible que algunos embriones sean dañados en el procedimiento de extracción de células y el resultado no sea confiable. El DGP es un método que se halla todavía en período de experimentación, por el cual no existen datos definitivos acerca de las alteraciones que las biopsias aplicadas puedan ocasionar en la anidación y desarrollo del embrión.

El DGP se emplea tanto a personas infértiles como a las fértiles, que lo aplican en éste último caso para concebir un hijo con determinadas cualidades genéticas. El procedimiento implica la necesaria obtención de un número elevado de embriones, para así tener una muestra representativa de embriones para su examen y selección. La selección se concreta con la no transferencia de los considerados no aptos y su eliminación, puesto que no existe tecnología para la aplicación de terapias curativas.

El DGP se emplea para:

- a) Impedir la transferencia genética de una enfermedad: Detectando la presencia de la enfermedad en el embrión, se evita su implantación y por consiguiente su transmisión.
- b) Seleccionar el sexo del embrión: Algunas enfermedades genéticas están vinculadas al sexo, seleccionando los embriones de acuerdo al sexo se sorteaba esta dificultad (Bellieni, 2007).
- c) Programar un bebé con determinadas características genéticas consideradas ventajosas: El conocimiento cada vez más avanzado del genoma humano, posibilita un mecanismo para obtener embriones de diseño con determinados modelos o patrones de calidad.
- d) Obtención de Bebé-medicamento: El DGP puede usarse para seleccionar embriones genéticamente compatibles con personas vivas. Podrá utilizarse el material biológico obtenido, tanto en el estado embrionario o después de su nacimiento. Es un método para obtener células madre. Implica la eliminación de los embriones no compatibles y en el caso de los embriones implantados, el nacimiento de una persona concebida a condición de su empleo en el auxilio de otro ser vivo, su existencia no es deseada por sí misma sino por su utilidad potencial. También se lo denomina DGP “extensivo” o con fines terapéuticos para terceros (Jimenez Gonzalez, 2014).
- e) Mejoramiento del rendimiento de las FIV: No se conoce la incidencia real del DGP en la tasa de éxito de las FIV. Se sabe que el DGP no sólo no incrementó la tasa de éxito en las FIV, sino que redujo significativamente las tasas de embarazos y nacimientos vivos en mujeres de edad avanzada, en un estudio publicado en 2007 por The New England Journal of Medicine. Específicamente, ha sido dejado de lado el análisis mediante biopsia en el tercer día del embrión, el cual se asocia a la reducción de los índices de éxito de la técnica y se promueve el empleo de la biopsia en el quinto día del desarrollo embriológico, aunque tampoco hay resultados concretos que permitan afirmar que éste último procedimiento sea más ventajoso (Gleicher, Kushnir, Barad, 2014).
- f) Otro uso posible sería la identificación de la persona aportante de los gametos en el caso que hubiera alguna duda sobre ella.

3. Nueva eugenesia

La técnica DGP posibilita seleccionar y transferir embriones de determinadas características genéticas deseadas y de ese modo también fijarlas en la descendencia. Esta facultad permite concretar la “programación eugenésica de cualidades” (Habermans, 2004).

El término “eugenesia” es obra de Francis Galton, quién lo utilizó para definir “la ciencia que trata sobre las influencias que mejoran las cualidades de nacimiento de una raza y también sobre aquellas que la desarrollan hasta sus mejores ventajas” (Galton, 1883, p.30). También se conoce como la ciencia del mejoramiento de los linajes.

Con el advenimiento del desarrollo biotecnológico, en el campo concerniente al genoma humano, en el presente siglo, se ha materializado lo que se conoce como “nueva eugenesia”. Esta nueva eugenesia tiene su eje en los beneficios sociales de la tecnología genética. Estos beneficios sociales consisten en la posibilidad de disminuir los nacimientos de personas menos capacitadas y reducir la consiguiente carga que genera el tratamiento de las enfermedades que se evitan.

Se ejerce una fuerte presión social, promoviéndose la idea de una obligación de los padres y el deber moral de los mismos de engendrar el hijo más óptimo y eliminar a los que no son aptos. Este concepto ha sido denominado “principio de beneficencia procreativa” (Savulescu, 2009).

Este procedimiento deriva necesariamente en “la eliminación de seres humanos en etapa embrionaria en violación al derecho a la vida” (Lafferriere, 2014, Apartado 4).

En el caso del empleo del DGP por personas fértiles, no se fundamenta la utilización en el derecho a la salud, ni de los padres ni de los embriones, su finalidad es claramente eugenésica.

Se esgrimen razones de índole económica para defender el uso del DGP, debido al alto costo que implica la atención de la salud en personas con enfermedades crónicas. Mientras tanto no se explica la falta de inversión en investigaciones que apunten a la cura o a la mejora de dichas enfermedades.

La sola posibilidad del uso indebido del DGP, como son las indicaciones de características no médicas, faculta al menos a sospechar el destino eugenésico del método, puesto que fuera de la indicación médica, nada impide el empleo para el perfeccionamiento de la especie.

Habría de este modo dos tipos de eugenesia, una positiva y una negativa. La eugenesia positiva busca incorporar en el genoma del embrión humano aquellos cromosomas que lo doten de mejores caracteres físicos y mentales, permite “seleccionar unos embriones en función de terceros” (López Mortalla, 2011, Resumen). En la eugenesia negativa, se pretende evitar la transmisión de genes defectuosos por la eliminación física de sus portadores o impidiendo la reproducción de éstos. “En el diagnóstico preimplantatorio pueden realizarse simultáneamente la eugenesia positiva (mediante la elección de los mejores embriones) y la negativa (mediante la eliminación de los restantes embriones)” (Bergel, 2002, p.322).

La ciencia del mejoramiento de los linajes, no fue una ciencia o teoría científica, sino una ideología que se basó en los progresos de la ciencia en el área de la reproducción humana. Esta ideología no sólo fue empleada en Alemania durante el régimen Nazi, sino también en otras naciones como los Estados Unidos, Canadá, Suecia, Suiza, etc. Con la nueva eugenesia surge de la posibilidad actual de aplicar los conocimientos obtenidos por el avance de la biotecnología, proporcionando un mecanismo que favorezca el nacimiento de personas sin enfermedades genéticas.

Advertimos que hay una diferencia entre la eugenesia y la nueva eugenesia. La primera fue desarrollada como una política de Estado, una política coercitiva de eugenesia poblacional. La nueva eugenesia, también llamada eugenesia individual, sería el resultado de una decisión personal libremente tomada.

La eugenesia de principios del siglo pasado buscaba el mejoramiento de la raza pero con matices políticos. La nueva eugenesia se presenta como una intervención en procura del mejoramiento de la salud reproductiva.

El análisis molecular del genoma humano concede un conocimiento que sin duda mejorará la salud, porque faculta a la realización de diagnósticos tempranos de las enfermedades genéticas, siendo posible conocer con cierto grado de aproximación la contingencia de una afección durante el transcurso de la vida del individuo y también la oportunidad de aplicar una medicina adaptada a cada caso particular. Junto a estos efectos altamente positivos, también existe la oportunidad de generar otros efectos negativos, como por ejemplo, la discriminación basada en razones genéticas, el manejo inapropiado de la información genética o su utilización comercial.

Es particularmente preocupante la facultad de intervenir en el genoma humano, alterando su información, de modo que se afecte al individuo y a su descendencia,

poniéndose en riesgo el futuro de la especie humana. La diversidad genética humana no sólo es un principio ético fundamental, sino que constituye la mejor forma de preservar la vida humana y la evolución del hombre. Es altamente riesgoso reducir la variedad genética para crear una humanidad en base a estándares de calidad.

Además hay que tener presente que, las características de las personas no solo dependen de los genes y sus interrelaciones, sino también de otros aspectos celulares y medioambientales. La relación entre los genes y el medio ambiente se conoce como epigenética. El ser humano no es producto solo de lo que está codificado en sus genes, hoy en día la ciencia está tratando de entender otro lenguaje que se expresa en pequeños cambios químicos que regulan la expresión de los genes.

En éste contexto de rápido avance científico, “el investigador podrá realizar un descubrimiento pero el análisis del impacto social que generará la aplicación escapa de sus manos” (Bergel, 2002, p.321).

La bioética fue diseñada como una nueva disciplina que combina el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos (Potter, 1970). No es el resultado de una investigación académica, sino una consecuencia académica a la respuesta de la sociedad frente a la problemática derivada de la aplicación de los avances científicos. Esta disciplina involucra el trabajo de investigadores de diversas ramas científicas, que incluyen tanto las ciencias consideradas duras, como las sociales y las prácticas. Los grupos dedicados al estudio de los aspectos bioéticos del empleo de estas tecnologías, debaten en cada sociedad, sus ideas respecto al alcance que tendrá el uso de estas técnicas en sus respectivos países.

4. Alcance del uso del DGP en otros países

Uruguay:

La ley de TRHA del Uruguay, la ley 19.167 de 2013 dispone en su Artículo 1°. (Objeto). La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley.

La aplicación de cualquier otra técnica no incluida en la enumeración detallada precedente, requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

Y en el Artículo 7°. (Requisitos para la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida): La realización de las técnicas de reproducción humana asistida deberá llevarse a cabo dando cumplimiento a los siguientes requisitos:

a) Serán de aplicación a toda persona mayor de edad y menor de 60 (sesenta) años, salvo que hubiese sido declarada incapaz para ejercer la paternidad o maternidad, luego de ser previa y debidamente informada por el equipo médico tratante.

b) Sólo podrán utilizarse cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o de su posible descendencia. A tales efectos deberá determinarse el buen estado de salud sicofísica de la pareja o de la mujer en su caso, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que acredite que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento del niño o niña.

c) En el caso de los procedimientos terapéuticos de alta complejidad, el profesional médico responsable del equipo actuante deberá dejar constancia escrita en la historia clínica correspondiente de los estudios, tratamientos y resultados seguidos por su paciente que justifiquen su realización.

d) Consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso, para la realización de técnicas de reproducción humana asistida en un formulario que establezca la reglamentación, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008.

e) Ratificación por escrito de ambos integrantes de la pareja al momento de la inseminación e implantación.

Brasil:

La Resolución 2013/2013 del Consejo Federal de Medicina (CFM) regula el DGP previendo que: 1- las técnicas de RA se pueden usar junto a la selección de embriones sometidos a diagnóstico de alteraciones genéticas que causan enfermedades. 2- las técnicas de RA también pueden utilizarse para el sistema de tipificación de HLA del embrión, con el objetivo de seleccionar embriones compatibles con el HLA de algún hijo(a) de la pareja ya ha afectado por la enfermedad que tenga como una forma de tratamiento eficaz el trasplante de células madre u órganos. 3- El tiempo máximo de desarrollo de "in vitro" de los embriones será de 14 días.

Estados Unidos:

Existen solo leyes estatales que mayormente autorizan la investigación con embriones remanentes en la realización de las FIV, pero con un límite temporal en cuanto que los embriones no cuenten con más de 14 días desde el momento de la fecundación. Es uno de los países más permisivos para cualquier uso del DGP (Kemelmajer, Herrera y Lamm, 2014)

España:

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, instaura: Artículo 12: Diagnóstico preimplantacional.

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 posnatal 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.

Portugal:

La ley N° 32/2006, de 26 de Julio, solo reglamenta de forma expresa la inseminación artificial y la fertilización in vitro. Las disposiciones desarrolladas para la FIV se aplican análogamente a las demás técnicas médicas reproductivas (inyección intra-citoplasmática de espermatozoides; transferencias de embriones, gametos o cigotos, y otras técnicas que sean permitidas).

El artículo 28 dice: Cribado de aneuploidías y diagnóstico genético preimplantacional 1- El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) tiene como objetivo identificar los embriones no portadores de anomalía grave antes de su transferencia al útero de la mujer, mediante el uso de técnicas de reproducción asistida o para los efectos del párrafo 3 del artículo 7. 2- Se permite la aplicación del cribado de aneuploidías genética en los embriones a transferir con el fin de reducir el riesgo de los cromosomas y por lo tanto aumentar las posibilidades de éxito de las TRA bajo la dirección de médicos especialistas a cargo. 3- Se permite la aplicación de las técnicas de DGP con reconocido valor científico para el diagnóstico, tratamiento o prevención de enfermedades genéticas graves, examinado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y bajo la dirección del especialista responsable. 4- Los centros de TRA que deseen aplicar técnicas de DGP deben poseer o coordinar un equipo multidisciplinar que incluya a expertos en medicina reproductiva, embriólogos, médicos genetistas, citogenetistas y genetistas moleculares.

Dinamarca:

Act on Artificial Fertilisation (923/2006): El DGP se limita a la detección de enfermedades hereditarias graves o de anomalías cromosómicas importantes. Y en cuanto DGP extensivo, se permite si hay razones de mérito suficiente y su autorización debe ser otorgada por el Consejo de Salud para cada caso concreto.

Finlandia:

La Ley sobre los tratamientos de fertilidad (1237/2006) permite el DGP para enfermedades graves de transmisión genética.

Islandia:

Act on Artificial Fertilisation and Use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research, No 55/1996 lo autoriza para el caso de enfermedades hereditarias.

Noruega:

La Regulation on Artificial Fertilisation No 144/2009, Act relating to the application of biotechnology in human medicine, etc. (5.12.2003/100) autoriza el DGP cuando uno o ambos miembros de una pareja son portadores de una enfermedad genética o cromosómica hereditaria monogenética y existe un amplio riesgo de que la enfermedad sea transferida a la descendencia.

Suecia:

Según la Genetic Integrity Act (1.7.2006/351), el DGP sólo está disponible para las parejas donde el hombre o la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave monogenética o cromosómica. Para el uso del DGP extensivo, solo se permite si hay motivos excepcionales y para ello se necesita de un permiso que otorga la Junta Nacional de Salud y Bienestar Social.

También permiten el DGP Francia, Alemania, Bélgica, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania (Kemelmajer de Carlucci y Lamm, 2014).

5. Conclusiones parciales

El uso del DGP para impedir la transmisión de una grave enfermedad genética que la medicina todavía no puede curar, pareciera un objetivo razonable. No obstante, recordemos que no se busca sanar al embrión que ha sido diagnosticado como enfermo,

sino su descarte y simultáneamente la implantación del embrión considerado sano u óptimo.

Respecto de la utilización del DGP “extensivas”, considero que constituye una práctica reñida con el derecho a la diversidad genética, además moralmente cuestionable porque, no solo son prácticas de selección eugenésica, sino que son conductas claramente discriminatorias para aquellas personas que padecen alguno de los tipos de afecciones considerados no deseables. También es un recurso que permite el descarte de los seres humanos en etapa de desarrollo embrionario, vulnerando el derecho a la vida.

Del estudio de la normativa vigente en otros países, concerniente al empleo del DGP, se observa que mayoritariamente, aquellos países que la autorizan, tienden a hacerlo con reservas, acotado a los casos de enfermedades graves y con limitaciones, especialmente en el uso del DGP extensivo, para el cual es habitual que se requiera un permiso especial de la autoridad de aplicación del país para cada caso concreto.

Dado que en la Argentina, la jurisprudencia está actualmente dividida, en cuanto a la interpretación del alcance de la Ley 26.862 en materia de DGP, se hace imprescindible la sanción de la Ley de protección del embrión no implantado prevista en el CCyCN y de este modo establecer claramente que alcance tendrán las intervenciones médicas que involucren a los embriones no implantados, entre ellas el uso del DGP.

Por otra parte el mismo CCyCN establece que se prohíbe “**toda práctica** destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia” (art. 57), resalto la frase **toda práctica**, porque creo importante aplicar lo que el mismo código nos dicta en su art. 2 : “La ley debe ser interpretada **teniendo en cuenta sus palabras**, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Por lo tanto **toda práctica** implica que la prohibición es amplia y no deja lugar a especulaciones de cuál de ellas es más o menos deseable por el hecho de eliminar una u otra condición genética. Hoy no sabemos, en forma concluyente, las consecuencias reales que derivan de la intervención mediante el uso de los estudios biopsias de los embriones por DGP. En principio la práctica está destinada a realizar una selección genética, y aun en dicho caso no está libre de traer aparejada consecuencias que se van a transmitir a la descendencia. En cualquiera de los casos, un método selectivo, afectará la diversidad genética, la cual es un patrimonio

humano esencial que puede tener consecuencias en la calidad de vida del ser humano en el futuro.

CAPÍTULO IV

DESTINO DE LOS EMBRIONES NO IMPLANTADOS

1. Introducción

En éste capítulo examinaré la normativa vigente en nuestro país, referida a los embriones, con el objeto de estudiar los vacíos legales existentes.

Dado la evidente desprotección legal del embrión no implantado, analizaré desde la bioética, la posible aplicación del principio precautorio en tanto no exista una regulación expresa.

Finalmente, haré mención de los proyectos de ley existentes a nivel nacional y provincial, sobre la protección del embrión no implantado.

2. Legislación vigente.

En nuestro país no hay una regulación propia para los embriones no implantados. El Código Civil y Comercial de la Nación en su norma transitoria segunda dispone que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. En el art. 57 establece una prohibición: “Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”, con lo cual se reconoce la dignidad del embrión como persona y lo hace sin distinguir si está o no implantado

La ley especial para la protección del embrión no implantado todavía no se ha sancionado, no se ha reglamentado cuál es el límite de embriones que se pueden criopreservar, tampoco por cuanto tiempo. No se regula el destino de los embriones supernumerarios.

Aun los embriones sanos no implantados, que han sido crioconservados, luego de cierto período de tiempo, pierden su capacidad para anidarse y/o desarrollarse. Tampoco se ha resuelto el destino de aquellos embriones que luego del análisis por el procedimiento DGP han resultado portadores de alguna anomalía genética y consecuentemente catalogados no aptos para su implantación.

La existencia de este vacío legal, no ha dificultado la práctica de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, tampoco el empleo de la crioconservación

de los embriones como técnica auxiliar, siendo realizadas de acuerdo a las normas y principios éticos de los profesionales responsables de cada uno de los centros de fertilidad habilitados para tal fin (Chiapero, Fernández, Oroná y Wendi, 2014)

La Ley 26.862 asegura la cobertura de “los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud, por tratamientos médicos o por intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

El art. 4 de esta ley establece la creación de un registro único, en el ámbito de la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación, para inscribir todos los “establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida... incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones”.

Como lo expresé anteriormente, frente al vacío legal existente, las instituciones dedicadas al estudio y tratamiento de la fertilidad, regulan su comportamiento de acuerdo a sus propias normas éticas. En relación con este tema, la sociedad Argentina de medicina reproductiva (SAMeR), la cual es la Sociedad Científica del área que representa a la República Argentina ante la IFFS (International Federation of Fertility Societies), ALMER (Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva), REDLARA (Red Latinoamericana de Medicina Reproductiva), ASRM (American Society of Reproductive Medicine) y otras, tiene su propio código de ética de reproducción SAMER (*SAMeR Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva*, recuperado el 12/05/2016 de <http://www.samer.org.ar>). Ya en la introducción de dicho código, establece como aceptable la utilización de embriones considerados no viables para la experimentación⁷. Este código de ética, en cuanto al número de embriones a producir, sólo establece que se limitará a las necesidades de cada caso⁸. En lo referente a la criopreservación de los embriones, precisa que los posibles usos, como por ejemplo el tratamiento del paciente original o la donación a otra pareja deben ser contempladas

⁷ “Sólo es aceptable la investigación en aquellos embriones que no sean viables. Se considera embrión no viable a aquel que queda detenido en cultivo in vitro luego de un período de tiempo adecuado o cuando se diagnostica como claramente no viable para la implantación según el diagnóstico genético preimplantacional”.

⁸ **4.4**-El número de embriones creados a través de las técnicas de reproducción asistida debe limitarse a aquellos que es probable que necesiten los pacientes en el desarrollo de sus tratamientos.

antes de la criopreservación y evitar su acumulación⁹. Por otra parte, el mismo código, propone no prolongar la criopreservación por más de cinco años¹⁰, también establece que los embriones concebidos por tratamientos de fertilidad y no utilizados puedan ser donados para su implantación en otra persona distinta previo consentimiento informado de los donantes¹¹.

Finalmente, la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación, cuenta solamente con normas de habilitación y fiscalización de establecimientos de reproducción medicamente asistidas (Resolución 1305/2015), estas normas regulan aspectos técnicos y estructurales.

3. Aplicación del principio precautorio en relación a la protección del embrión no implantado.

Primum non nocere (primero no hacer daño), es el principio hipocrático de beneficencia que mencionan los profesionales de la medicina en el juramento hipocrático. También es la base del principio precautorio. El principio precautorio constituye la obligación de suprimir aquellas tareas o actividades que hagan peligrar al medio ambiente, aun cuando no se tengan suficientes pruebas científicas que demuestren que esas tareas o actividades contribuyan al deterioro del mismo.

Para el caso se puede decir que “no es prudente en las ciencias asumir que tenemos un conocimiento tan completo de los fenómenos que nos permite, libre de riesgo, la manipulación de la naturaleza” (Campos, 2012, Introducción).

⁹ **5.2-**Las alternativas para el uso y destino de embriones deben ser planteadas desde el momento mismo de la criopreservación inicial y serán válidas para su aplicación en caso de muerte, incapacidad o imposibilidad de contactar a las personas para quienes se han conservado esos embriones. Las opciones incluyen su uso en un tratamiento reproductivo para el participante original, o la donación a otra pareja/paciente para un tratamiento reproductivo.

5.3-Se debe evitar la acumulación de embriones criopreservados, limitando el número de ovocitos que se van a fecundar según el caso.

¹⁰ **5.13-**No es deseable conservar embriones de manera indefinida. Se debe tener una política clara que limite la duración de esta conservación. Se sugiere no demorar más de cinco años la transferencia uterina de los embriones y mantener una estrecha comunicación con los beneficiarios.

¹¹ **7.1-**Los embriones que no son utilizados por aquellas personas que han recibido tratamiento de fertilización asistida pueden ser donados a otra mujer u otra pareja que tenga algún problema de fertilidad con el debido consentimiento de los donantes.

El principio precautorio demuestra utilidad en situaciones complejas y de incertidumbre, como los procesos tecnológicos cuyas consecuencias no se conocen con certeza. Implica así, una posición prudente frente a los hechos.

El principio precautorio procede de la palabra alemana “vorsorgeprinzip”, originalmente, los alemanes llegaron a este concepto como consecuencia de la necesidad de evitar o disminuir los efectos nocivos que las sustancias químicas producen en el medio ambiente.

Posteriormente, se amplía el uso del principio precautorio a otras actividades que requieran el actuar prudente, ante la sospecha de peligro de daño, convirtiéndose entonces, en una “estrategia bioética” frente a circunstancias de daño grave potencial.

El desarrollo científico y técnico ha llegado a un nivel de conocimiento, que permite cierto dominio de la naturaleza, dejando a los seres humanos en un nuevo contexto moral y una nueva ética de la responsabilidad. “Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de la vida humana auténtica en la tierra” (Jonas, 1995, p.40).

En la Argentina, el principio precautorio “se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la sola posibilidad de que suceda un daño irreversible (aunque sea a largo plazo) aun antes de tenerse plenamente acreditado el riesgo” (Kemelmajer de Carlucci, 2001).

El principio precautorio se utiliza entonces como criterio orientador de decisiones jurídico políticas, protegiendo así, bienes jurídicos como la salud y el medio ambiente.

En nuestro país, la desidia legislativa, ha evitado temas importantes de la bioética, ya sea por no salir de regulaciones de grado menor, como son las decisiones ministeriales, o por esquivar el debate. En consecuencia se ha generado un espacio de inseguridad jurídica (Bergel, 2015).

Se traslada a los jueces la resolución de conflictos sin las herramientas suficientes, como serian normas jurídicas que representen los valores sociales (Borcellino, 2004). Por consiguiente tenemos una jurisprudencia dividida para un tema en extremo delicado.

Para el caso específico del diagnóstico genético preimplantatorio, ya sabemos que es necesario producir una gran cantidad de embriones in vitro, para luego separar aquellos que resulten aptos de los que no sean competentes. En dicho procedimiento, se plantean dos cuestiones éticas, por un lado el interrogante acerca de la inmoralidad del

proceso de selección de embriones, y por otro, el referido al destino de los embriones no aptos y de los que siendo aptos no serán implantados.

Según Adela Cortina (2004) el uso de los avances biotecnológicos, será aceptable, si los beneficios que brinden puedan compensar los riesgos y perjuicios que generen. Las intervenciones genéticas que conllevan a modificar la naturaleza, dan lugar a distintos posicionamientos tales como:

a- El naturalismo, que considera el valor absoluto de la naturaleza y por lo tanto busca su desenvolvimiento natural impidiendo su manipulación.

b-La concepción de la naturaleza como valor instrumental, para la cual no hay límites en su manipulación

c- La consideración de que la naturaleza tiene un valor interno, con la consiguiente obligación de resguardarla, pero sin considerarla un valor absoluto ni tampoco un valor meramente instrumental, posición conservadora, ya que propugna la aplicación de los avances biotecnológicos a favor del desarrollo de la propia naturaleza, consecuente con el principio de responsabilidad de Jonas.

Desde la ética, en situaciones donde existen razones para estimar un daño eventual grave, en un contexto de incertidumbre científica, debería aplicarse el principio precautorio (Cortina, 2004).

Para ello se busca una “alternativa superadora, la creación de normas jurídicas que eliminen la autoregulación científica, reconociendo que la industria de la salud no puede por sí sola ponerse límites, pero también teniendo en claro que no se debe perjudicar en manera alguna el derecho a la libertad científica, de la cual podremos recibir enormes beneficios en un futuro cercano” (Terrón, 2014, p.4).

4. Proyectos de ley de embriones.

El artículo 9 del CCyCN dispone en la cláusula transitoria segunda que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. La criopreservación de embriones está permitida por la Ley, lo que hace falta es la

regulación del procedimiento y las medidas para la protección de los embriones no implantados¹².

En el ámbito del Congreso Nacional, el proyecto de Ley de las Diputadas Bianchi, María del Carmen y Mara Brawer, no prevé el número de embriones que se pueda producir, implantar y/o criopreservar, sino que lo deja al criterio del centro médico interviniente. Establece que las gametas y/o embriones criopreservadas, tanto de los donantes como de los beneficiarios de las fertilizaciones in vitro, luego de diez años, cesará la crioconservación, a excepción de los embriones obtenidos de las personas beneficiarias de técnicas de reproducción asistida que manifiesten previo al vencimiento del plazo, su voluntad de conservarlos y en dicho caso se prorroga hasta cinco años. En el proyecto se prohíbe la comercialización de los embriones y permite la experimentación con los mismos siempre que se respete los parámetros fijados por la reglamentación. Los centros de salud autorizados para crioconservar embriones no podrán clasificarlos de modo que se permita conocer las características fenotípicas de los aportantes. El artículo 18 establece la habilitación para que los centros de autorizados realicen técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio en los términos que fije la reglamentación. El proyecto prevé que las parejas que crioconserven embriones deberán acordar y dejar sentado en forma expresa el destino que se les dará a los embriones en caso de divorcio, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra pareja o persona, donados para investigación o que cese la crioconservación¹³. En el artículo 25 prevé la responsabilidad solidaria de los centros

¹² El decreto 956/2013 que reglamenta la ley 26.862, dice en su art. 2 que "Se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo fecundación in vitro ; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la crioconservación de ovocitos y embriones ya la vitrificación de tejidos reproductivos" y en su art. 8 " En caso que en la técnica de reproducción medicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección

Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud.....La donación de gametos nunca tendrá carácter lucrativo o comercial"

¹³ Art.11- Cuando se trate de gametos aportados para terceros, transcurridos diez (10) años desde el momento en que se haya realizado el aporte sin que mediare rescisión del convenio o requerimiento del material genético por parte del o la aportante en los términos del artículo 7° de la presente ley y no hubiesen sido utilizados para efectuar técnicas de reproducción humana asistida, deberán ser descartados o destinados a la investigación, conforme a los parámetros que fije la reglamentación.

Art. 12. – En caso de crioconservación de gametos o embriones obtenidos de quienes se constituyan como

beneficiarios de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos diez (10) años desde la obtención del material genético, deberán ser descartados o destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación.

Exceptúese de lo previsto en el párrafo anterior a aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas

autorizados por los daños a las personas que se sometan a los tratamientos debiendo disponer de un seguro para compensar económicamente a las personas y en el supuesto de daño al material genético crioconservado.

Por otra parte, en la Provincia de Buenos Aires, donde ya se contaba con la primera Ley de Fertilización Asistida del país, Ley N° 14.208 de diciembre de 2010 y que fuera luego adaptada a la Ley Nacional N° 26.862 de junio de 2014, se ha analizado que, la ley nacional no consideró la situación jurídica del embrión no implantado y en virtud de ello, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, desarrolló un proyecto de Ley de protección del embrión no implantado. Este proyecto cuenta con sólo cinco artículos, que prohíben la eliminación de los embriones, la comercialización y la experimentación destructiva de los mismos. También establece las sanciones pertinentes por la violación de dicha ley¹⁴.

de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la

decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. El plazo es

prorrogable por cinco (5) años.

Las parejas que crioconserven embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a éstos se les dará en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando se produjere antes del cumplimiento de los plazos establecidos en los párrafos precedentes, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. La misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación.

Art. 14. – A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe:

a) La comercialización de embriones;

b) La comercialización de gametos crioconservados;

c) Toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia;

d) La utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

A los fines de la presente ley se entiende por embriones viables aquellos que pueden ser transferidos al

útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan. Son embriones no viables o inviábiles aquellos que se han detenido en su desarrollo o que presentan alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo, que impiden su transferencia al útero de la mujer.

¹⁴ Artículo 1º: *Prohibición de eliminación*. Prohíbese la eliminación deliberada de embriones humanos. Para su preservación, deberán tomarse los máximos recaudos técnicos y científicos posibles.

Artículo 2º: *Prohibición de comercialización*. Prohíbese todo tipo de comercialización de embriones humanos. Asimismo, se prohíbe su utilización con fines industriales.

Artículo 3º: *Prohibición de experimentación*. Prohíbese todo tipo de experimentación destructiva de embriones humanos.

Artículo 4º: *Sanciones*. Toda violación a la presente ley determinará:

a) La denuncia por ante el Tribunal Disciplinario del ente profesional que rija la matrícula.

b) Las sanciones que correspondan por aplicación del régimen estatutario del sector público, cuando se trate de agentes del Estado.

c) La supresión de asignación del puntaje que pudiera atribuírsele a la Investigación en concursos de cargos y funciones en el ámbito de la Administración pública provincial.

5. Conclusiones parciales

A pesar de la inexistencia de la ley especial de protección del embrión no implantado, no se han producido dificultades para la práctica de las técnicas de reproducción medicamente asistidas. Pero éste vacío legal si ha generado problemas a la hora de autorizar judicialmente prácticas que implican la manipulación genética y descarte de embriones, como por ejemplo el DGP, dando lugar a una jurisprudencia dividida. En estas situaciones conflictivas, donde se sospecha que el procedimiento técnico a emplear podría dañar en forma irreversible al embrión, desde la ética, se estima conveniente aplicar el principio precautorio, entendido no como una merma en la libertad científica sino como una medida de protección de los bienes jurídicos en juego. Ninguno de los proyectos analizados protege verdaderamente al embrión. El proyecto de la Provincia de Buenos Aires es prohibitivo de la eliminación, experimentación y comercialización, pero no establece limitaciones en cuanto al número de embriones a producir y criopreservar, ni el tiempo de criopreservación, que como se sabe implica el deterioro de los mismos con los años y la pérdida de vitalidad. Además impide la experimentación destructiva, pero nada dice de otro tipo de experimentos.

En cuanto al proyecto nacional, en el artículo 12, permite el cese de la crioconservación de los embriones. El proyecto prohíbe la comercialización de los embriones y permite la experimentación en los términos fijados por la autoridad de aplicación. Deja a criterio de los centros de salud habilitados para realizar técnicas de reproducción asistida la determinación del número de embriones a producir, su crioconservación y los autoriza a realizar DGP sin ningún límite.

Finalmente, ninguno de los proyectos regula el tema a fondo y se diluye notablemente la posibilidad de obtener una verdadera ley de protección del embrión no implantado.

d) Las acciones judiciales que fueren procedentes.
Artículo 5º: Comunicación. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

CAPÍTULO V

COLISIÓN DE DERECHOS

1. Introducción

En este capítulo, me dedicaré a recordar que es una colisión de derechos fundamentales, para luego verificar si nos encontramos ante esta situación y como emprender el camino a una posible solución. Analizaré los derechos en pugna, para ponderar cual sería las limitaciones posibles a estos derechos y establecer cual debe prevalecer en el conflicto de intereses.

2. Colisión de derechos

Un sistema jurídico, es un conjunto de normas, instituciones y agentes del derecho que rige en determinado territorio y por lo tanto tiene vinculación directa ordenamiento jurídico. Cuando dentro de dicho sistema jurídico hay dos o más normas que frente a idénticos supuestos de hecho, disponen consecuencias jurídicas contradictorias, nos hallamos ante una antinomia normativa.

Es natural que existan estas antinomias porque el ordenamiento jurídico es producto de elaboraciones de distintos períodos de tiempo y también de diversas influencias ideológicas. De todos modos, siendo las antinomias consecuencia del progreso normativo, también son una patología que requiere solución, puesto que su presencia es incompatible con el concepto de sistema jurídico.

Hay dos clases de antinomias normativas:

1. Antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez: En estos casos, si se aplica una de las normas, se produce un conflicto con las demás porque se superponen conceptualmente. Por lo tanto o una de las normas no es válida o bien actúa como una excepción constante ante las otras. Esta clase de conflictos se solucionan por aplicación de los siguientes criterios:

a. Jerárquico: La norma superior deroga a la norma inferior.

- b. Cronológico: La norma posterior deroga a la anterior.
- c. De especialidad: La norma especial prima sobre la general.

2. Las antinomias en concreto, contingentes, externas, se llaman también del discurso de aplicación, porque se generan cuando no está suficientemente establecidas las condiciones de aplicación de cada una de las normas en contradicción. A este grupo pertenecen los conflictos de derechos fundamentales o entre éstos y demás bienes jurídicos, éstos tienen igual jerarquía y se construyen sin un supuesto de hecho. Es un conflicto, que al no ser abstracto, no afectan el plano de la validez, sino el de la aplicación, que será el de poner los límites al derecho fundamental, identificando su ámbito, realizando una interpretación sistemática y unitaria de la constitución.

Llamamos colisión de derechos fundamentales o situaciones de colisión, a aquellas situaciones de eventual conflicto entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes jurídicos protegidos por la constitución.

Los derechos constitucionales al estar en la cúspide de la pirámide jurídica, no tienen por encima una estructura de referencia para apreciar la amplitud de sus contenidos y poder así resolver situaciones de colisión.

Siendo equivalentes entre sí los bienes jurídicos en juego, debe hacerse un juicio de razonabilidad o proporcionalidad. Habrá que ponderar, es decir exigir que la norma responda a un fin constitucionalmente legítimo y que los medios usados para conseguirlo sean proporcionales, en el sentido de adecuados, necesarios y razonables. La ponderación, debe estar acompañada de una motivación adecuada, lógica y fundamentada, no debe ser resultado de la sola voluntad del juzgador. Finalmente esto significará realizar un juicio valorativo, por ello el aporte de la filosofía moral y política influirá en la decisión (Bustamante Alarcon, 2007).

3. El derecho a la salud reproductiva y al acceso a técnicas de reproducción humana asistida con DGP contra el derecho a la vida y la salud del ser humano en estado embrionario

Como analicé en el capítulo 1, la legislación Argentina reconoce el derecho a la salud reproductiva de las personas y al acceso igualitario a las técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 26.862 de Reproducción medicamente asistida, en los considerandos de su decreto reglamentario 956/2013, dice “el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción

médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”. En el artículo 2 de la propia ley, segundo párrafo, expresa que podrán incluirse nuevas técnicas cuando sean autorizadas por la autoridad de aplicación¹⁵, dejando sin límites precisos el alcance de las técnicas a emplear, aun en el decreto reglamentario¹⁶, en el cual no se establece las cualidades del proceso de criopreservación de embriones y posibilita el nacimiento de peticiones bioéticamente cuestionables, como lo es el DGP, donde se seleccionan los embriones, separando aquellos que podrán continuar con su proceso vital de los que serán descartados. Incluso en el caso de los embriones criopreservados, éstos podrían ser dejados al final previsible de la vida que no puede desenvolverse por sí misma.

Como dicen Bariffi y Pelle (2016) “Teniendo en cuenta que todos los derechos son relativos, cabe preguntarse si el principio general que veda el ejercicio abusivo del derecho es una herramienta de posible utilización para poner las cosas en su justo cause”¹⁷.

El derecho a la reproducción, es un derecho humano que tiene basamento en el derecho constitucional a formar una familia. Tiene dos aspectos, uno negativo, que importa la libertad de la persona a decidir, sin la intervención del estado, sobre la elección de los tratamientos reproductivos que ha de valerse; y otro aspecto positivo, que es la posibilidad cierta de acceder a los tratamientos médicos necesarios para lograr

¹⁵ **ARTICULO 2°** — *Definición.* A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

¹⁶Art. 2, segundo párrafo: “Se entiende por técnicas de alta complejidad a 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”.

¹⁷ CCyCN: ARTICULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

un embarazo. El ejercicio de la libertad en la toma de decisiones, como son las decisiones de carácter reproductivo, forma parte del derecho a la privacidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, señaló que "que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia", también expresó "que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva". Al referirse a la salud sexual, procreación responsable y al derecho a gozar de los avances tecnológicos y científicos, dedujo que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”.

El derecho a la salud reproductiva, no es absoluto, como no lo es ninguno reconocido por la CN y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana (Perez Hualde, 2014).

El derecho a la vida y su dignidad prevalece de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional desde el comienzo de la existencia del hombre, aun cuando no se lo considere todavía sujeto de derechos.

Como dice Obiglio (2013) “El sistema de derechos humanos debe tutelar especialmente a los que se encuentran en condiciones de mayor indefensión y vulnerabilidad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, respecto del derecho a la vida que es el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”¹⁸.

En el libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, el filósofo Kant dice que el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para uso de unas y otras voluntades¹⁹. Este concepto es la base de la noción de libertad individual en el mundo occidental (Jimenez Gonzalez, 2014).

¹⁸ Fallos, 302:1284, Cf. Tb. Fallos 310:112

¹⁹ “Pero suponiendo que haya algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo, pueda ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico, es decir, de la ley práctica.

Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin”.

Respetar la dignidad humana implica salvaguardar su identidad y supone que el ser humano es algo más que solo materia, por eso han de buscarse criterios concordantes con ello.

Cuando se emplean técnicas que no son rigurosamente terapéuticas sino utilizadas para mejorar la genética humana, como investigar sobre embriones humanos o efectuar diagnósticos genéticos preimplantatorios, debe tenerse presente los principios que se ajusten al respeto de la dignidad humana, es decir a la salvaguarda de su identidad (Pereiro de Grigaravicius,2014).

El empleo de una técnica como el DGP con el seguro descarte de embriones, sería desconocer su preventiva protección como vida humana, convirtiéndose el ser humano en un medio, un ser que si nace, lo hará con la predeterminación dada en la selección que efectúa una tercera persona. La integridad del individuo nacido mediante el uso de estas técnicas, requiere de una adecuada y eficiente protección jurídica. Dicha protección deberá ser oportuna, anterior al proceso intervencionista que lo proyecte, ya que después, las consecuencias serán definitivas y para el caso, derechos tales como el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 5.1 nos dice que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral", o La Ley 26.061 llamada "Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" serán inoperantes para el niño que ha sido intervenido antes de que la ley lo considere persona.

La suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al resolver el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, en la causa A.72.461, "C.V., M.L, contra IOMA. Amparo, el 20/11/2013, declaró que la circunstancia de que la ley en cuestión (Ley N°26.862) reconozca a la infertilidad como una enfermedad y establezca la obligatoriedad de su cobertura no genera ni implica, de modo necesario e ineludible, el deber de cubrir cualquier tipo de prestación, aun alguna de orden meramente experimental (DGP)²⁰.

En sentencia de la Suprema Corte de Mendoza, L.E.H. y Otro, s/ Recurso extraordinario de inconstitucionalidad en J. 221.605/50.235 "L.,E.H. c/O.S.E.P. p/Acción de amparo p/Apelación s/Inc." , 30/7/2014, declara que "no existe avance científico ni derecho humano, por muy legítimo que fuera, que para su realización

²⁰ S.C.J de Buenos Aires, "C.V., M.L. contra I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley", Fallos330:2255 (2013).

implique necesariamente la experimentación sobre seres humanos mediante procedimientos que se hagan cargo de la posibilidad cierta e inevitable de ese uso instrumental y eventualmente de su eliminación por descarte voluntario del investigador." Respecto al derecho invocado por los actores, establece que "este legítimo derecho no es absoluto, como no lo es ninguno reconocido por la CN y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana, y del impedimento coherente de que ella se sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección y -en cualquier caso- de sacrificio e instrumentación útil en aras de otras vidas o del ejercicio de otros derechos aun cuando éstos fueran los de sus progenitores". Ya en el fallo de primera instancia, el tribunal había establecido que el derecho a la vida de los embriones tiene un rango superior al derecho a la salud de los peticionantes.

Según Mignon (2015), se dio mayor peso en el trabajo de ponderar, a una expectativa o una posibilidad que aún no ha iniciado su desarrollo y que ante los derechos específicos de la pareja solicitante, en la situación de que progrese su demanda, posibilitaría el nacimiento una nueva existencia. Pero aun éste razonamiento es contradictorio, por cuanto alude a una posibilidad, un intento, que también es una eventualidad y en el caso de lograr esa nueva vida, sería una existencia condicionada por el designio de una persona externa que actúa como seleccionador. Si el logro de una nueva vida humana, va a responder a criterios selectivos, ya no sólo se estaría afectando la vida humana en cuanto a su integridad física y a la posibilidad de desarrollarse, sino a la integridad del patrimonio genético y su biodiversidad que se hallaría cercenada mediante la continua elección de ciertos tipos genéticos, condicionando de este modo hacia el futuro el desarrollo de la raza humana.

Siendo los embriones no implantados, destinatarios de una futura ley especial para su protección, prevista en el CCyCN y por consiguiente, a decir de Siverino Bavio (2012) el 'hacer efectivo el derecho a la vida' de los mismos, colisiona con el derecho a la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada.

Por otra parte, la dignidad reconocida por el CCyCN al embrión no implantado, implica que el mismo es más que la simple materia, es vida humana en estado embrionario.

Siendo el cuerpo un elemento constitutivo de la personalidad del hombre, cada ser humano es a la vez un ser espiritual. La dimensión espiritual es lo que define al ser

humano como persona. La realidad personal es dual, cuerpo y espíritu, “su desdoblamiento conduce o a un materialismo desconocedor de la dignidad humana o a un espiritualismo ingenuo que olvida que el cuerpo también participa de la dignidad de las personas” (Pereiro de Grigaravicius, 2014, Apartado III).

“Cuando se encuentran dos derechos constitucionales en pugna, como no existe otra prioridad o prevalencia entre ellos ya que se trata de principios de igual jerarquía, deben ser ponderados siguiendo un criterio armonizado”(Galeazzo Goffredo, 2016, Apartado 6).

Al realizar esta la tarea de ponderación, "se hace prevalecer un bien especialmente tutelado por todo el sistema jurídico: la vida humana y su dignidad, que se constituyen en limite razonable al derecho de los eventuales progenitores (art. 28 CN)"(Perez Hualde, 2014).

4. Conclusiones parciales

Nos encontramos frente a un conflicto de derechos fundamentales. Habría entonces que poner los límites al derecho y con ello exigir que la norma responda a un fin constitucionalmente legítimo y que los medios usados para conseguirlo sean adecuados, necesarios y razonables. La vida humana y su dignidad, entendida esta última como su integralidad tanto física como a la inherente biodiversidad genética, es el límite razonable al derecho de los progenitores a salud reproductiva, cuando esta implique el uso de tecnologías como el DGP, de carácter invasivo y selectivo para el embrión no implantado, considerado este último digno de protección por ser vida humana en estado latente.

CONCLUSIONES GENERALES

El derecho a la salud, está consagrado en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 que incluyó los tratados internacionales sobre derechos humanos. El derecho a la salud incluye la salud reproductiva, acorde con este derecho, la legislación nacional a través de la Ley 26.862 otorga a las personas con infertilidad el acceso igualitario a las técnicas de reproducción médicamente asistida para la consecución del embarazo. Dichas técnicas involucran la manipulación de embriones humanos in vitro, los cuales de acuerdo a la legislación vigente, no son personas sujetos de derecho, pero tampoco son cosas y por lo tanto, se les debe una protección acorde a su dignidad de vida humana en estado embrionario y reservorio de la biodiversidad genética humana. Dicha protección fue prevista por el CCyCN en su cláusula transitoria segunda, que indica el dictado de una ley específica, esta ley aún no ha sido elaborada.

Dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se halla el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP), como una técnica accesoria a ICSI, que permite discriminar entre los embriones producidos mediante ICSI, aquellos considerados óptimos desde el punto de vista de ciertas cualidades genéticas, de los que no responden a éstas características, permitiendo entonces, seleccionar e implantar los catalogados como aptos. No existen actualmente conclusiones que permitan afirmar en forma definitiva que el intervencionismo que implica biopsiar los embriones para realizar el DGP no dañe la salud del embrión. Si es definitivo que los embriones considerados no aptos serán descartados. En cualquiera de las situaciones posibles, los embriones no implantados están a expensas de serios riesgos tanto en su vida como en su salud, incluso cuando sean criopreservados ya que no hay una regulación al respecto. Teniendo en cuenta, que un embrión criopreservado es vida humana en estado latente, esa potencialidad puede desarrollarse en el momento en que se decida su implantación en el seno materno, y en dicho caso, si el embrión hubiera sido sujeto de alguna lesión, esta podría manifestarse en el niño nacido mediante dicha técnica, éste niño, si es persona y sujeto de derecho a la salud y a la vida indiscutiblemente, pero el negligente cuidado de su vida embrionaria habría cercenado sus derechos antes de poder gozarlos.

Por lo tanto, cada vez que una persona, solicite que además del ICSI, se aplique DGP, se producirá un conflicto de derechos fundamentales. Por una lado el derecho de las personas a la salud reproductiva y por otro, el derecho a la salud y a la vida humana en estado latente. Los derechos consagrados por la Constitución Nacional, no son absolutos, y en el caso de la salud reproductiva encuentran su límite en la protección de la vida humana. Si bien la búsqueda del embarazo es en sí misma la búsqueda de una nueva vida, éste hecho no debe acarrear el colapso de otras vidas mediante técnicas de selección genética. Salvaguardar la dignidad humana significa proteger su identidad. La vida del hombre y su dignidad, deberá entenderse no sólo en cuanto a su integridad física sino también a su patrimonio genético. Cada vez que se empleen técnicas de selección genética, no sólo se estará interviniendo en la biodiversidad inherente al embrión específico, sino que paulatinamente, en sucesivas situaciones de selección se afectará el patrimonio genético de la sociedad, por lo tanto, la situación se hace extensiva al interés social de resguardar nuestra biodiversidad.

A esta altura de las circunstancias considero necesario que al momento de ponderar los intereses en pugna, la vida humana, su biodiversidad y su patrimonio genético debe ser el límite razonable al derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida con DGP de los progenitores.

BIBLIOGRAFIA

Legislación:

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre los derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica 22 de noviembre de 1969.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. ONU, 20 de noviembre de 1989.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, C.I.D.H., Bogotá, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, ONU, 10 de diciembre de 1948.
- Decreto 376/2015, Poder Ejecutivo Provincial (P.E.P.), Provincia de Buenos Aires del dec. 2980/2010.B.O. 07/05/2015.
- Decreto 2980/2010 Poder Ejecutivo Provincial (P.E.P.) Provincia de Buenos Aires. B.O. 03/01/2011
- Ley 14208 Poder Legislativo Provincial (P.L.P.) Provincia de Buenos Aires. B.O. 03/01/2011
- Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, B.O. 20/11/2009.
- Ley 26862 Ley de reproducción medicamento asistida, B.O. 05/06/2013
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU, 16 de diciembre de 1966.
- Resolución 1305/2015, Ministerio de Salud (M.S.), Norma complementaria de la ley 26.862, B.O. 25/08/2015.

Doctrina:

- BALLESTEROS, J. (2006) Manual de Bioética, 2ª ed., Barcelona: Gloria María TOMÁS GARRIDO (ed.), p. 217 y ss.
- BASSET, U.C. (2013) “Procreación Asistida y Niñez ¿regulación o desregulación?”, Diario de La Ley del 12 de julio de 2013.
- BARIFFI, F. PELLE, W. D. (2016) “Fertilización asistida y abuso del derecho” DFyP

2016, 153.

- BELLIENI, C., "Pre-implantation diagnosis, prenatal diagnosis", cit., p. 147.
- BERGEL S.D., (2002) "Los derechos humanos entre la bioética y la genética" Acta Bioethica ; a.o VIII, n° 2
- BERGEL, S. (2015) "En torno al diagnóstico "preimplantatorio"", DFyP 2015, 171 – L.L. 2015, 5 – L.L. 2015-B, 536 - DFyP 2015 2015, 203
- BUSTAMANTE ALARCON R., (2007) "Una aproximación al problema de la colisión de los derechos fundamentales" Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de www.revistauniversitas.org
- CAMPOS A.,(2012) "El principio precautorio:¿guía o extravío?". Recuperado de www.juridicas.unam.mx
- CERRUTTI, M. del C. -PLOVANICH, M.C. (2014) "Persona humana: Comienzo de la existencia", DFyP 2014, 199.
- CHIAPERO DE BAS, FERNANDEZ S.M.,ORONÁ A.P.,WENDI R. (2013) " La criopreservación de embriones en el derecho comparado, en los proyectos de ley argentinos y en la ley 26.862 (decreto reglamentario n° 956/2013)"DFyP 2014, 183
- CORTINA, A., "Fundamentos filosóficos del principio de precaución", en ROMEO CASABONA, C. M. (edit.), Principio de precaución, biotecnología y derecho, Granada: Comares, p. 5.
- CORTINA, A. (2004). Principio de precaución, biotecnología y derecho, Granada: Comares, p. 5.
- DIEGUES, J.A. (2015) "Fertilización asistida", L.L. 2015, 10.
- ENGELHART, T, (1995) "Los fundamentos de la bioética", Barcelona: Paidós.
- FLETCHER, J. (1972) "Indicators of Humanhood: A Tentative Profile of Man" Hastings Center Report.
- GALEAZZO GOFFREDO, F.P., (2016) "El derecho a la identidad biológica en las técnicas de reproducción humana asistida" DFyP, 172
- GALTON F., (1883) "Inquiries into human faculty and its development", London: Macmillan.
- GIL DOMINGUEZ, A. (2015), "Embrionación", L.L 2015, 1
- GLEICHER N., KUSHNIR V.A., BARAD D.H., (2014)"Preimplantation genetic screening (PGS) still in search of a clinical application: a systematic review"Reprod Biol Endocrinol. 12: 22. Published online 2014 Mar 15. doi: 10.1186/1477-7827-12-22

-Habermas J., (2004) “*El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*” Buenos Aires: Paidós.

-JIMÉNEZ GONZÁLEZ J, (2014) “¿Es necesario un acuerdo internacional en torno al diagnóstico genético preimplantacional (DGP)?” *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1

-JONAS H., (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Editorial Herder. [ISBN 978-84-254-1901-0](https://www.isbn.org/9788425419010)

-KEMELMAJER DE CARLUCCI A., (2001) “Determinación de la filiación del Clonado. *Jurisprudencia Argentina* 2001,IV, fascículo n. 12.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.- LAMM, E.- HERRERA, M. (2014) “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como "Defensor de los Embriones"”. *L.L.* 2014, 1 – *L.L.* 2014-E, 1372

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - LAMM, E. - HERRERA, M. (2014) "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", *L.L.* 2014-F-1075.

- KRASNOW, A. (2015), “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *ADLA* 2014-34, 3 - *DFyP* 2015, 132

- LAFFERRIERE, J.N. (2014) “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio”, *DFyP* 2014, 163

- LAFFERRIERE, J.N. (2014) “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, *DFyP* 2014, 143

-LAFFERRIERE, J.N.,(2015)“No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio” *DFyP* 2015, 225

-LAMBOBARDA, P. (2014) “El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas”, *DFyP* 2014, 184

- LAMM, E. (2015) “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*”, *L.L.* 2015,43

-LOPEZ MORTALLA N.,LAGO FERNANDEZ PURON M., SANTIAGO E., (2011) “Selección de embriones humanos. Diagnóstico genético preimplantación” .*Cuadernos de Bioética* 2011; 22(75): 243-258.

- MAGLI M.C., VAN DEN ABBEEL E., LUNDIN K., ROYE RE D.,VAN DER ELST J., (2008) “Revised guidelines for good practice in IVF laboratories”. Hum Reprod, 23: 1253-1262.
- MONGE F., (1988) Persona Humana y Procreación Artificial, (1° Ed.). Madrid: La Palabra.
- MUSCOLO, I. (2015) “Técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial: ¿voluntad procreacional vs. derecho a conocer la identidad biológica?” DFyP 2015, 160.
- OBIGLIO, J.M. (2013). “Proyecto de Ley del embrión no implantado”. Recuperado de http://www.julianobiglio.com.ar/.../proyectos/embrión_no_implantado.php.
- OTIÑANO LUCERO, W.R., PANDIELLA MOLINA, J.C. (2015) “Fertilización asistida y su falta de cobertura por los prestadores de salud” DFyP 2015, 212.
- PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, M.D. (2013) “La bioética en relación con el comienzo de la vida en el nuevo Código Civil y Comercial. Calidad de vida, muerte digna y testamento vital”, DFyP 2014, 182.
- POTTER R., (1970) “Bioethics, the Science of Survival” Perspectives in Biology and Medicine; 14(1): 127- 153
- POTTER, V. Bioethics. Bridge to the Future. Nueva Jersey. Prentice Hall. 1971
- RYDER, R. (1970) “Speciesism” Oxford
- RYDER, R. (1971) *Animals, Men and Morals: An Inquiry into the Maltreatment of Non-Humans* New York: Taplinger
- SALLES, A.L.F. (2008) Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 250 y ss.
- SAVULESCU J., KAHANE G., (2009) “The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life.” Bioethics 23: 274 – 290.
- SGRECCIA, Elio, Manuale di Bioetica, Milan, Vita e pensiero, 2 vols. 1998
- SINGER, P. (1997) “Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra moral tradicional”, Barcelona:Paidós
- STASIOW, R. E., SIMONCELLI, M.I., (2009) “El embrión humano. Aspectos éticos y biológicos del Informe Warnock ante las nuevas evidencias científicas” Vida y Ética. 2009, Año10, N° 1. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/embrión-humano-informe-warnock.pdf>

- TERRON, S.M. (2014) “Hacia la protección jurídica del embrión humano in-vitro. Avances de la Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida y el proyecto de nuevo Código Civil” SAIJ: DAF 14004, Recuperado de www.infojus.gov.ar
- TESTART, J. (1992)“Le désir du gèn”, Paris: Bourin
- URBINA, P. A. (2015) “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación” DJ 2014, 18 - DFyP 2015, 218
- VILLAVERDE, M.S. (2015) “La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2015, 155.
- WARNOCK, Mary, A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology, Introducción, Oxford, Reino Unido, Basil Blackwell Ltd., 1985, p. XIV.
- YUNI, J.A., URBANO, C. (2006) Técnicas para investigar. Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación. (2ºEd.).Córdoba: Brujas.
- ZEGERS- HOCHSCHILD, F., "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica", en CASADO, M. y LUNA, F. (coords.), Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica, Civitas-Thomson, 2012, p. 184 y ss.
- ZEGERS-HCHSCHILD F. (2012)“Assisted Reproductive Technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry, 2012” JBRA Assist. Reprod. 2014; 18 (4):127-135
- ZUBIRI, X., (1986) “Sobre el hombre” Madrid: Alianza.
- ZUBIRI, X., (1989) “Estructura dinámica de la realidad” Madrid: Alianza.

Jurisprudencia:

- Cam. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., sala I,“ B., M. R. c. A.M.E.B.P.B.A. s/ amparo de salud “, L.L. • AR/JUR/52768/2014
- C.N. Apel Civ. Com. Fed., sala II, “L.C.C.,M.P. c. OSDE s/amparo de salud”, L.L.2015,10,L.L.2015-C,99 . AR/JUR/5533/2015.

- Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., sala V, “ C., E. M. y Otros c. EN-M. Salud s/ amparo Ley 16.986 “, ED 258, 242 • DFyP 2014, 235 con nota de Ignacio González Magaña • DFyP 2014, 245 con nota de Jorge Nicolás Lafferrière y Daniela B. Zabaleta • AR/JUR/30908/2014.
- Cam. Fed. Apel. La Plata, Sala I, “M.,R.M.J. y Otro c. Galeno Argentina S.A. s/prestaciones médicas”,L.L. . AR/JUR/61892/2014
- Cam. Fed. Apel. de San Martín, Sala I, “G.,Y.S. c. OSDE s/prestaciones médicas”, L.L.2014, 7, L.L.2015-A,37,L.L.2014,11,L.L.2015-A,101,L.L.2015,5 con nota de Salvador Darío Bergel,L.L.2015-B,537 con nota de Salvador Darío Bergel, DFyP2015,203 con nota de Salvador Darío Bergel, RCCyC2015,95 . AR/JUR/52907/2014.
- Corte I. D. H., Sentencia “Artavia Murillo c/ Costa Rica” del 28 de noviembre de 2012. Serie C N°257.
- C.S.J.N, “L., E. H. y otros c. OSEP s/ amparo”, L.L. 2015, 9, 6 Con nota de Oscar E. Garay, 12 • AR/JUR/28879/2015
- Gran Sala del Tribunal de Justicia de Europa, “*Brüstle, Oliver c/Greenpeace e V*”, Caso 34/10, Sentencia del 18 de octubre de 2011.
- Juzg. Nac. Civil Nro. 3, “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”, L.L. •AR/JUR/53958/2014.
- PGN, A-93-LXLV, "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación", 10/3/2010
- S.C.J de Mendoza, sala I, “L., E.H. c/ O.S.E.P.” s/acción de amparo p/apelación s/inc., 30/07/2014, L.L. Gran Cuyo 2014 (noviembre), 1096, AR/JUR/35912/2014.
- S.T.E.D.H., *Vo c. Francia*, (2004) 53924/2000.
- S.T.E.D.H., *Evans c. Reino Unido*, (2006) 6339/2005.
- S.T.E.D.H., *Costa y Pavan c. Italia*, (2013) N° 54270/10.
- Supreme Court of Ireland, *Roche -v- Roche & ors*, Judgment delivered the 15th day of December 2009, 469/06 & 59/07.
- S.T.J. de Corrientes, “B., N.L. y L., F.A. c/Obra Social de la Provincia de Corrientes”. (IOSCOR) s/amparo,16/03/2011, AR/JUR/2549/2011.

**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO
FINAL DE GRADUACIÓN**

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO
O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Berdún, Mónica Adriana
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	16.589.817
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	"Derecho al acceso a técnicas de reproducción humana asistida ICSI con diagnóstico genético pre implantatorio y la protección de la vida humana en estado embrionario".
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	m.a.berdun@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)⁽¹⁾</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15/08/2016.

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

⁽¹⁾ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

