

Voces: FERTILIZACIÓN ASISTIDA - DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS - PERSONA POR NACER - DISCRIMINACIÓN - IGUALDAD ANTE LA LEY - EMBRIÓN HUMANO - DERECHO COMPARADO - DERECHO A LA SALUD - CRIOCONSERVACIÓN - ENFERMEDADES - DERECHO A LA IDENTIDAD

Título: La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria

Autor: Marrama, Silvia

Fecha: 26-jun-2014

Cita: MJ-DOC-6771-AR | MJD6771

Producto: MJ,SYD

Sumario: *I. Introducción. II. Los costos de las técnicas de fecundación humana. III. Conclusión.*

Por Silvia Marrama (*)

I. INTRODUCCIÓN

Se debate en diversas provincias argentinas (1) la adhesión a la Ley nacional 26.862 (2) de regulación de las «técnicas de reproducción asistida (TRA)» (cfr. art. 8), denominación que engloba tanto a las técnicas de asistencia médica para la consecución de un embarazo (p. ej. utilización de algunos fármacos -como los que producen estimulación ovárica controlada o la inducción de la ovulación-, intervenciones quirúrgicas o tratamientos psicológicos, entre otras, cfr. art. 2, 1º párr., Decr. 956/13), que se enmarcan en el orden de lo natural -orden que exige necesariamente la existencia de un acto sexual entre los progenitores- y, por ende, son lícitas, como también b) los artificios de laboratorio que excluyen el acto sexual entre los progenitores («técnicas de fecundación artificial»). (3) La Ley nacional 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13 denominan a las técnicas referidas como «técnicas de baja y de alta complejidad». (4)

El Decreto Reglamentario 956/13 afirma en los considerandos que «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 [...] Que la Ley N° 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud».

Como puede apreciarse, el acceso integral y gratuito a las técnicas (cfr. art. 8 Ley 26.862 y consid. 5 Decr.956/13) se funda en la preocupación del legislador por la «inclusión en el ámbito social y en el de la salud» de todas las personas, atento al elevado costo económico de aquellas.

Sin embargo, el objetivo de la ley y de su reglamentación es vulnerado por su articulado, ya que legislador ha omitido considerar otros costos de las técnicas, que resultan -a mi juicio- más relevantes para el derecho, ya que impiden la «inclusión en el ámbito social y en el de la salud» de las personas por nacer concebidas mediante estos procedimientos, por violación de su derecho a la vida y a la salud.

Es decir, que la Ley 26.862 y el Decreto 956/13 contemplan la «inclusión en el ámbito social y en el de la salud» de algunas personas, en perjuicio de otras, violando de este modo la igualdad ante la ley (cfr. art. 16 CN) y convirtiéndose de este modo en una norma discriminatoria.

II. LOS COSTOS DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HUMANA

1. Muerte de embriones humanos

El costo más dramático de las técnicas es sin duda la muerte de embriones humanos. (5) «La probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetida las veces que sean necesarias, es de un 20%. Por una pareja que tiene un hijo, cuatro viven el duelo de la pérdida de los embriones que le fueron transferidos. Por cada 24 embriones que se implantan se obtiene un niño vivo». (6)

El congelamiento de embriones (permitido por la Ley nacional 26.862 [cfr. art. 4 "Bancos de embriones", art. 8 2º párr. ley; art. 2 2º párr. Decr. 956/2013]) y la manipulación genética, la experimentación y el descarte de embriones (que no se encuentran prohibidos expresamente por la ley) conllevan la muerte de embriones humanos. En efecto, frecuentemente los requirentes de las técnicas, una vez satisfecho su deseo de maternidad y de paternidad, carecen de interés y se desentienden del destino de los embriones sobrantes, los que son «suprimidos» o utilizados para investigaciones que -con el pretexto del progreso científico o médico- reducen la vida humana a un simple «material biológico» del cual pueden disponer libremente. Así, en Inglaterra hasta el año 2008, ya se habían utilizado más de cien mil embriones humanos para experimentación. (7) Una noticia publicada por la revista Nature (8) da cuenta de experimentos llevados a cabo por científicos británicos de la Universidad de Newcastle para fabricar embriones con el ADN proveniente de un hombre y dos mujeres, mientras que la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) de los Estados Unidos se encuentra evaluando autorizar la experimentación con esta nueva técnica. (9) Algunos de los embriones sobrantes permanecen congelados sine die, quizá para evitar la «incomodidad» de conciencia que las alternativas mencionadas en este párrafo generan, pero su destino será el mismo: la muerte. (10)

Teniendo en cuenta estas disposiciones de la Ley 26.862, la segunda conclusión de la Comisión 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA, Buenos Aires, 2013) advirtió que: «En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación».

Las estadísticas de Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA) -organismo británico de control de la fecundación artificial- respecto de las técnicas de «alta complejidad» (que implican la manipulación de embriones) señalan durante el período 1991 y 2006: (11)

Embriones humanos concebidos: 2.302.627 (100%).

Niños nacidos por procreación artificial: 98.200 (4,26%).

Seres humanos abortados directamente: 1.009.916 (43,86%).

Personas congeladas o muertes indirectas: 1.194.511 (51,88%).

2. Daño a la salud de los embriones sobrevivientes

La literatura científica prueba mediante estadísticas aumentos significativos de las patologías genéticas y congénitas en los nacidos de fecundaciones extracorpóreas, precisamente a causa de la concepción in vitro. Una de sus causas es que: «La técnica de super-ovulación favorece el aumento de aberraciones cromosómicas en los óvulos, la falta de paso de los espermatozoides por el moco cervical (filtro selectivo fisiológico) favorece la fertilización con espermatozoides deficientes, y la técnica de fertilización permite las fertilizaciones poliespérmicas». (12)

Sumado a ello, cabe destacar que la crioconservación de embriones implica congelarlos a 196 grados bajo cero en nitrógeno líquido, previamente preparados con «crioprotectores» -algunos de ellos tóxicos-, lo que conlleva severos daños a la salud de los que sobreviven al descongelamiento. (13)

Por ello, es una práctica habitual en los centros de fertilización que entre las catorce y diecinueve semanas se realice un diagnóstico prenatal y, si existe una probabilidad de malformación, se provoque el aborto. (14)

Además, el diagnóstico genético preimplantacional (15) -permitido por la Ley 26.862 y su decreto reglamentario- lesiona gravemente el derecho a la salud e integridad del embrión. (16)

3. Violación del derecho a la identidad de los embriones

Cabe también lamentar que la Ley 26.862 (cfr. arts. 1, 2 y 8) permita la donación anónima de gametos (es decir, la fecundación heteróloga con espermatozoides y/u óvulos de donantes) y/o la «donación» anónima de embriones -terminología que, como he señalado en otras oportunidades, (17) evidencia la cosificación del embrión-. De este modo, la ley aprueba la violación del derecho constitucional a la identidad de los niños concebidos como producto de estas técnicas, niños que -a diferencia de los niños adoptados- no podrán conocer quiénes son su padre y madre biológicos.

4. Degradación del problema de la infertilidad y/o esterilidad

Otro costo de las técnicas es la degradación del problema de la infertilidad y esterilidad de quienes las requieren. Es un hecho que la misma posibilidad de servirse de la fecundación artificial empuja a muchos a abrazarla presurosamente, a veces sin haber verificado adecuadamente la condición de esterilidad, sin haber profundizado suficientemente métodos de autodiagnóstico de la fertilidad como los llamados «métodos naturales», y sin haber promovido un estilo de vida que tutele verdaderamente la salud desde el punto de vista reproductivo. (18) «Si realmente queremos evitar la esterilidad, debemos combatir sus causas. Muchas de ellas previsibles y evitables tales como la inflamación pélvica provocada por el aborto, dispositivos intrauterinos y enfermedades de transmisión sexual. Así como agroquímicos que han dejado en nuestro medio miles de hombres estériles.» (19)

Además, existen alternativas con similar grado de eficacia que la fecundación artificial, que consisten en tratamientos para curar la patología que padece la persona, y por ello pueden denominarse técnicas de fecundación «asistida», ya que el acto médico cura y «asiste» al acto sexual para lograr la finalidad procreativa.

En efecto, Human Fertilisation Embryology Authority informa (20) que algunos casos de infertilidad, tanto en hombres como mujeres, pueden ser revertidos con cirugía, por ejemplo, el desbloqueo de las trompas de Falopio, la cirugía en los casos de varicocele o la reversión de una vasectomía previa, entre otros.

III. CONCLUSIÓN

Por todos los fundamentos científicos que he expuesto en apretada síntesis, y otros que exceden el marco de un artículo de doctrina, (21) considero que el objetivo de inclusión social y en el sistema de salud que fundamenta la Ley 26.862 y su reglamentación es discriminatorio respecto de las personas por nacer, cuyos derechos fundamentales esas normas habilitan vulnerar.

En el mismo sentido, las conclusiones de la Comisión 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (22) con posterioridad a la sanción de la referida ley, dictaminaron:

«De lege data.»Primero (por mayoría): Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno.

»Segundo (por unanimidad): En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

»Tercero (por unanimidad): La doctrina del fallo "Artavia Murillo" dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho.

»De lege ferenda.

»Cuarto (por unanimidad): Se propicia la reforma de la Ley N° 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos».

(1) Cfr. MARRAMA, Silvia, "Tutela de los derechos de los embriones: Análisis del Proyecto de Ley N° 10.854-8280 de autoría del senador Melchiori", ED, 22/5/2014, N° 13.488.

(2) Cfr. íd., "Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la Ley nacional 26.862", ED, 7/11/2013, N° 13.359.

(3) Expresión utilizada por la Conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (San Miguel de Tucumán, 29 de setiembre a 1 de octubre de 2011).

(4) Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012), Dictum Colección Doctrina, caps. II y III. Íd., Tutela... cit.

(5) El III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999, habla de una pérdida de embriones del 89%. Cfr. K. G. Nygren y A. N. Andersen, "Assisted reproductive technology in Europe (1999)", Human Reprod, 2002, 17, 3270-3274, estadísticas que no han podido ser mejoradas a la fecha de publicación de este artículo (cfr. CHIESA, Pedro José M. y AQUINO, Jorge B.: "En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero", en ED Crim, [252], 23/5/2013, N° 13.244).

(6) NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro, San José de Costa Rica, Promesa, 2001, Temas de Actualidad, N° 5.

(7) OSTNOR, Lars, Stem Cells, Human Embryos and Ethics: Interdisciplinary Perspectives, Springer, 2008, p. 72. Cit. por Mariano Morelli, Reducción embrionaria (trabajo inédito), Rosario, 2009.

(8) Cit. por VILLA, Carmen E., "Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres", Boletín electrónico Zenit, 28/4/2010, ZS 100428, <http://www.zenit.org>.

(9) CONTARDI, Selva, La FDA estudia autorizar técnica para engendrar bebés con ADN de tres personas, 17/4/2014, en <http://www.centrodebioetica.org>.

(10) Cfr. MARRAMA, Fecundación in vitro... cit., cap. III.

(11) HUMAN FERTILISATION EMBRYOLOGY AUTHORITY, A long term analysis of the HFEA Register data, 1991-2006, (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11/7/2007, <http://www.hfea.gov.uk>. Traducción propia.

(12) NAVARRO DEL VALLE, op. cit.

(13) Cfr. MARRAMA, Fecundación in vitro... cit.

(14) NAVARRO DEL VALLE, op. cit.

(15) El abordaje bioético y jurídico del DGP -o PGD, sigla en inglés- puede consultarse en LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, Buenos Aires, Educa, 2011, cap. 12; MARRAMA, Fecundación in vitro... cit.

(16) Cfr. CHIESA y AQUINO, op. cit.

(17) MARRAMA, Silvia, "Análisis de la Ley 26.862 por una especialista", ED, 255, 18/11/2013, N° 13.366, Ref. 72985.

(18) Cfr. íd., Fecundación in vitro... cit.

(19) NAVARRO DEL VALLE, op. cit.

(20) Surgery, en <http://www.hfea.gov.uk/fertility-treatment-options-surgery.tml>. Surgery for women, en <http://www.hfea.gov.uk/female-infertility-surgery.html> y Surgery for men, en <http://www.hfea.gov.uk/male-infertility-surgery.html>. Traducción propia.

(21) Cfr. MARRAMA, Fecundación in vitro... cit.

(22) Las jornadas se llevaron a cabo en la Universidad de Buenos Aires del 26 al 28 de setiembre de 2013.

(*) Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Especialista en Derecho Tributario. Profesora Superior en Ciencias Jurídicas. Egresada de cursos de posgrado en Administración y Constitución; Derecho Procesal Civil; Derecho Penal; Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo con particular referencia al régimen de la provincia de Entre Ríos; Bioderecho; Bioética de diversas universidades argentinas. Profesora asociada a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado, UADER. Profesora titular de la cátedra de Derecho de Familia, Universidad Católica de Santa Fe. Conferencista y ponente en congresos y jornadas llevados a cabo en distintas provincias argentinas sobre promoción de la familia y la niñez.

N. de la A.: La autora publica este trabajo en el marco del Programa de Proyectos para Investigadores Formados de la Universidad Católica de Santa Fe (Proyecto de investigación: La fecundación humana

extracorpórea en el derecho argentino, aprobado por Resolución 6944 del Consejo Superior de la Universidad Católica de Santa Fe).