

I

Introducción

El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14, que “tiene por objeto regular los alcances, derecho y relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado” (cfr. art. 1º), y que pasó en revisión a la Cámara de Senadores.

La finalidad del Proyecto sancionado, enunciada en el art. 1º, es contradicha por los treinta y cinco artículos restantes. En estas líneas me centraré en el análisis del Proyecto sancionado en cuanto autoriza la investigación y descarte de embriones humanos (cfr. arts. 12(1) y 14(2)) producidos mediante las “técnicas de fecundación artificial”(3).

II

Investigación y descarte de embriones humanos

El Proyecto de ley 0581-D-14, que analicé en una publicación anterior(4), expresamente prohibía en su art. 17 inc. c), “La utilización de embriones para la experimentación”, y solo contemplaba el descarte del material genético –es decir, de óvulos y espermatozoides (cfr. arts. 14 y 15)–, pero no el de embriones.

El tiempo transcurrido desde el congelamiento de los embriones humanos es solo una excusa para autorizar legislativamente –en el Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 que analizo– la investigación y el descarte de embriones humanos, que conllevan su muerte. En efecto, la literatura científica y los medios de comunicación social dan cuenta de nacimientos de personas que estuvieron crioconservadas por más de diez años(5) (límite de tiempo que el Proyecto establece para habilitar su descarte o su utilización para investigación), clara prueba de que se encontraban vivas durante su congelamiento.

Por ello, diversos juristas especializados en derechos humanos han lamentado esta modificación introducida por la Cámara de Diputados al Proyecto de ley original 0581-D-14, modificación que vulnera el derecho fundamental a la vida de las personas por nacer concebidas mediante estas técnicas; y establece una discriminación arbitraria fundada en la salud de los embriones –distinción entre embriones “viables” e “inviables” (cfr. art. 14), que desprotege a estos últimos–, en clara violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria, establecidos por el art. 16 de la CN y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna (cfr. art. 75, inc. 22).

Tal como señalé en publicaciones anteriores(6), las técnicas de fecundación artificial en sí mismas revisten un carácter experimental (en los términos del art. 58(7) *ab initio* del cód. civil y comercial unificado –ley 26.994–), ya que constituyen tratamientos “cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente”. En efecto, las técnicas no han superado los estándares(8) para ser consideradas “no experimentales”, atento a su baja tasa de éxito(9) y los elevados costos en vidas humanas y daños a la salud de los pacientes involucrados, es decir, embriones(10), donantes de gametos y gestante, sin guardarse una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causan (cfr. inc. e), ya que resultan desproporcionados(11).

Sin embargo, el Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 pretende avanzar más aún en la desprotección de las personas por nacer, al desconocer abiertamente los requisitos para la experimentación con seres humanos que establece el art. 58(12) del cód. civil y comercial unificado –ley 26.994–, en especial en los siguientes incisos: “f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos”.

Resulta superfluo recordar que, en caso de promulgarse el Proyecto bajo análisis, la persona por nacer será sometida a investigación sin que haya otorgado previamente su consentimiento informado, y que el prestado por sus progenitores no es válido ya que se configura un caso de clara oposición de intereses entre las partes (los progenitores y sus hijos). Cabe recordar que el Código Civil y Comercial Unificado contempla, para los supuestos de contraposición de intereses, el nombramiento de un tutor especial(13) denominado “guardador” –figura contemplada por el Título VII (“Responsabilidad parental”) del Libro II (“Relaciones de familia”) de la ley 26.994–.

Lo expuesto demuestra claramente que el Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 no guarda coherencia con lo establecido por la ley 26.994, pese a lo declamado en su art. 1º al decir que el Proyecto se sanciona “en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente”.

Asimismo, este Proyecto vulnera “los principios internacionales y sus pautas ético-jurídicas” para las investigaciones en seres humanos, en especial: a) que la finalidad de restablecer la salud de la persona que participa en la investigación o experimentación terapéutica tenga siempre primacía sobre todos los otros intereses; b) que la investigación y experimentación no terapéutica –es decir aquella en la que el interés es el avance científico para bien de terceros– se circunscriba a los siguientes estándares: b.1) el consentimiento informado junto con una ponderación entre riesgos y beneficios debidamente experimentados, y b.2) en caso de que el individuo sea incapaz, el consentimiento informado prestado por su representante legal(14) –con la salvedad que hice anteriormente sobre la contraposición de intereses–.

Muestra de la especial protección que el embrión humano goza en el derecho internacional de los derechos humanos es la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala)(15), dictada el 18-10-11, mediante la cual resuelve una cuestión prejudicial planteada en el caso “Brüstle v. Greenpeace” ante el Tribunal de Luxemburgo, relativa a la interpretación de la Directiva 98/44/CE, de protección de las invenciones biotecnológicas(16), que establece: “El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que: Constituye un ‘embrión humano’ todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis... La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil. El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la

patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”.

Este avance del Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 en la desprotección de las personas concebidas mediante estas técnicas corrobora que “la reproducción humana artificial muestra entonces un rostro oculto en sus comienzos, frecuentemente velado mediáticamente por propósitos altruistas, tales como desarrollar terapias, habiendo primero negado la calidad humana de los seres cuyos cuerpos sirven de fuente nutricia para tales procedimientos”(17).

Una vez más el legislador argentino pretende desconocer las voces de los especialistas en la materia. Entre ellos, los profesores reunidos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, quienes dictaminaron 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”(18).

III

Conclusión

Los derechos a la vida y a la no discriminación de toda persona –reconocidos y protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos– se encuentran vulnerados en el Proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14. A la par, el articulado del Proyecto vulnera el objetivo que declama en su art. 1º “la protección del embrión no implantado”. **VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - ORDEN PÚBLICO - DERECHOS HUMANOS**

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Clonación humana y células madre embrionarias: un camino equivocado, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 253-919; De clones, embriones y células madre. Interrogantes en torno al desarrollo de la biotecnología aplicada a los seres humanos, por Leonardo L. Pucheta, ED, 253-931; Con la nueva ley de "embriones desamparados" se fomentan técnicas que por 1 chiquito que nace mueren 23. Análisis de la ley 26.862 por una especialista, por Silvia Marrama, ED, 255-732; Otras perspectivas detrás del debate sobre los embriones humanos, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 255-970; Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley Nº 10.854 - 8280 de autoría del senador Melchiori, por Silvia Marrama, ED, 257-810; Debate Diputados un proyecto que habilita crear embriones para destruirlos en investigación, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, diario nº 13.599 del 30-10-14; Debatirá Diputados un proyecto que permite descarte de embriones humanos, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, diario nº 13.614 del 20-11-14; Declaración sobre la proyectada ley de regulación de Descarte y Destrucción de Embriones, por Gregorio Badeni y Roberto Enrique Luqui, ED, diario nº 13.620 del 1-12-14. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

** - Abogada-mediadora, doctora en Ciencias Jurídicas, magíster en Desarrollo Humano, profesora superior en Abogacía, especialista en Derecho Tributario. 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).

1 - 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, cesará la crioconservación o serán 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 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 crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a estos se les dará en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando ello 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".

2 - 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".

3 - Expresión utilizada por la Conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11,

4 - Marrama, Silvia, Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley 0581-D-2014, ED, 259-7570.

5 - El Dr. Pasqualini, del Centro Halitus, refiere: "En 2012 logramos un embarazo gemelar producto de óvulos congelados durante 12 años, es la mayor cantidad de tiempo que un óvulo estuvo congelado a nivel mundial". Cfr. 34 años después del primer bebé de probeta, publicado el 26-7-14 en <http://www.sentirypensar.com.ar/nota504.html>. Último acceso 1-12-14. Otra noticia cuenta: "Magalí Feigin nació hace una semana en Capital, pero su fecundación –el momento de la entrada del espermatozoide de su papá con el óvulo de su mamá– ocurrió más de 10 años atrás. Para más rareza, la beba tiene un hermano –que es como su mellizo– que ayer cumplió 10 años", cfr. Nacimiento a partir de un embrión congelado durante una década, publicado el 20-3-07 en <http://www.intramed.net/contenido.asp?contenidoID=45645>. Último acceso 1-12-14.

6 - Cfr. v. gr. Marrama, Silvia, Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y la integridad en el Código Civil y Comercial de la Nación, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea, en prensa en ED.

7 - Art. 58. "Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos: a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación; b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas; c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación; d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga; f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso

a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos".

8 - Quintana menciona los siguientes estándares: "a) la defensa de la vida y no disponibilidad del ser humano por sobre otros intereses sociales", respecto de lo cual sostiene que es "inconcebible aceptar de antemano el riesgo de muerte y aun de grave padecimiento para la integridad o la salud"; "b) el 'consentimiento informado' de la persona partícipe de la investigación; c) la legitimidad del principio terapéutico, íntimamente relacionado con el principio de totalidad; y d) el interés social vinculado con el progreso de la ciencia respetando la primacía de la vida y salud del paciente conforme a)". Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas, Buenos Aires, Edit. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012, págs. 20-21.

9 - Las estadísticas de la Human Fertilisation and Embryology 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: 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%) Cfr. Human Fertilisation Embryology Authority, A long term análisis of the HFEA Register data, 1991-2006 (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11-7-07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia.

10 - Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E. - Berti García, Milagros - Nassazi Ruano, Fernando,. Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos, LL, 16-11-11, pág. 5.

11 - Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, págs. 281-293.

12 - Cabe señalar que el art. 58 de la ley 26.994 no hace expresa referencia a las técnicas de fecundación artificial.

13 - Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, Paraná, Dictum, colección Doctrina, 2012, Cap. V.

14 - Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., págs. 19-20.

15 - Cfr. Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof - Alemania - Oliver Brüstle / Greenpeace eV(Asunto C-34/10), en DO C 100, de 17-4-10.

16 - Albert, Marta, Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del Bundesgerichtshof, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace, LL, Nº 8084, Sección Doctrina, 16-5-13, Año XXXIV, http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2012/11/Embriones_no_viables_%C2%BFembriones_patentables_.Comentario_a_la_sentencia_del_Bundesgerichtshof_de_2....pdf.

17 - Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., pág. 31.

18 - Comisión 1, Parte General: "Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto", de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013.