

Sumarios

1. Estado legislativo de la cuestión. - 2. Esquema del proyecto 101/14. - 3. Marco conceptual del análisis crítico del Proyecto. - 4. Análisis del proyecto de ley 101/14. 4.1. Presupuestos del proyecto de ley 101/14. 4.1.1. Precisiones lingüísticas. 4.1.2. Presupuestos técnicos del proyecto. 4.2. Cuestionamientos al proyecto. 4.2.1 Endeble fundamento para la permisión del descarte de embriones “sobrantes” o su utilización para experimentaciones. 4.2.2. Cosificación de los embriones. 4.2.3. Apartamiento de los proyectos citados como fuente. 4.2.4. Contradicciones. 4.2.4.1. Contradicción intrínseca con la finalidad del proyecto. 4.2.4.2. Contradicción con la ley 26.994. 4.2.4.3. Contradicción con la ley 26.061. 4.2.4.4. Vulneración de principios internacionales referidos a investigaciones en seres humanos. - 5. Conclusión.

Violencia biotecnológica: análisis del proyecto de ley 101/14(*)()**

*“La violencia no se destierra sin el respeto de ciertos fines esenciales o naturales del hombre” (***)*

1

Estado legislativo de la cuestión

Al 14-7-16, se encuentra vigente en la Argentina la ley nacional 26.862 denominada de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida -sancionada el 5-6-13- y su decreto reglamentario 956/13.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.862, diversos tribunales han ordenado a obras sociales y empresas de medicina prepaga la cobertura gratuita de prestaciones no contempladas en esa norma(1).

Por su parte, la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el 12-11-14 el proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14, actualmente en revisión en la Cámara de Senadores de la Nación -en la cual tramita bajo el número 101/14-.

2

Esquema del proyecto 101/14

El proyecto “regula el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado” (art. 1º) y cuenta con 36 artículos.

El art. 2º se refiere a “las personas que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida” y comprende a quienes, en terminología del Código Civil y Comercial, manifiesten su voluntad procreacional(2).

Los “aportantes de gametos para terceros” se encuentran regulados en los arts. 3º a 8º, que establecen límites de edad y de utilización del material genético aportado, aunque el mismo art. 8º prevé la ampliación de la cantidad de sus destinatarios. Los arts. 15 y 16 les garantizan la no identificación por rasgos fenotípicos y el anonimato respecto de los requirentes de las técnicas heterólogas y de los nacidos como producto de ellas, en desmedro de su derecho a la identidad(3).

Los arts. 6º y 19, inc. p) -a contrario sensu- prevén una “retribución económica” a los aportantes de gametos “para compensar las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales que se derivan del aporte de material genético”; se permiten campañas publicitarias u otras actividades de promoción de aporte de material genético. Esta “retribución económica” explica el cambio de terminología respecto de la utilizada en los arts. 2º y 8º de la ley 26.862 y su decreto reglamentario -“donantes de gametos”-, ya que el Código Civil y Comercial define en su art. 1542 el contrato de donación como la obligación que contrae una persona de transferir “gratuitamente” una cosa.

Los arts. 9° a 12 se refieren al congelamiento de gametos y embriones y establecen un límite temporal para su conservación (el cual puede ser abreviado, conf. art. 13 in fine), transcurrido el cual se proyecta su utilización para investigación o su descarte. El art. 13 permite la “donación” de gametos y embriones.

El art. 14 in fine introduce el concepto de “embriones inviábiles”, repudiado por Vélez Sarsfield y gran parte de la doctrina jurídica argentina. Para determinar la viabilidad de los embriones, habilita el art. 18 las técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio(4).

El art. 17 otorga absoluta libertad a los centros que realizan las técnicas para producir y para transferir la cantidad de embriones que “considere pertinente”, sin establecer como requisito mínimo que la cantidad producida sea igual a la cantidad transferida a lo largo de los procedimientos.

El párr. 2° del art. 5° define, a los efectos de la ley proyectada, el “centro de salud” como aquel “habilitado por la autoridad de aplicación” de la ley, que es el Ministerio de Salud de la Nación (conf. art. 21), “para efectuar técnicas de reproducción humana asistida”.

El art. 19 establece los ítems que deben informar estos centros que realicen las técnicas, y el art. 20 la centraliza en el Registro Único establecido por el art. 4° de la ley 26.862, registro que funciona bajo la órbita de la autoridad de aplicación de la ley. Se prevé la conformación de un Comité Asesor Honorario Ad Hoc del Ministerio, con incumbencias bioéticas (conf. art. 22). Este Ministerio, en el ámbito del Consejo Federal de Salud (COFESA), debe “procurar la expansión y desarrollo de las técnicas” (conf. art. 23) y promover “la elaboración de protocolos específicos” para la “recolección, manipulación, tratamiento y posterior transferencia de gametos y embriones” (conf. art. 24).

Los arts. 14 y 15 establecen prohibiciones de comercialización de gametos y de embriones y de su alteración genética. El art. 19 enumera otras infracciones a la ley que podrían cometer los centros de fecundación artificial, referidas a: omisiones en el deber de informar sobre riesgos y efectos adversos de las técnicas a sus “beneficiarios” y a los “aportantes de gametos”, y omisiones de recabar el consentimiento informado, o bien a la utilización de las técnicas pese al revocamiento del consentimiento informado o a la rescisión del convenio suscripto entre los aportantes de gametos y el centro, o bien a la utilización de gametos o embriones congelados más allá del tope temporal establecido, entre otras.

El art. 27 prevé la aplicación graduada (conf. art. 28) de sanciones administrativas (enumeradas en el art. 29) para los supuestos de infracción a la ley proyectada, “sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder”. Se delega a la reglamentación el establecimiento del procedimiento para la sustanciación de los sumarios (conf. art. 30).

La sanción de responsabilidad civil se establece en el art. 25, y consiste en la responsabilidad solidaria(5) de los “centros de salud” por los daños a las personas que se sometan al uso de las técnicas, ocasionados por los profesionales y sus dependientes. A tal fin se les requiere la contratación de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia.

La mención a la “responsabilidad penal” no se corresponde con ninguna proyección de tipos penales, razón por la cual es letra muerta.

Al finalizar, el proyecto otorga a sus disposiciones el carácter de “orden público” (conf. art. 34).

En otras oportunidades(6) me he referido a la permisón de investigación y descarte de embriones humanos que establece el proyecto. Aquí analizaré con más detenimiento este y otros aspectos, tales como la permisón legislativa proyectada de congelamiento de embriones humanos.

3

Marco conceptual del análisis crítico del proyecto

Examinaré el proyecto de ley 101/14 a la luz de los cuatro niveles de análisis con que Cotta responde a la pregunta “¿qué es el derecho?”. El análisis de la forma externa del derecho (el modo de darse el derecho en los hechos) y sus cualidades morfológicas internas (imperatividad y coactividad) describen el derecho pero no logran explicarlo ni justificarlo. Por ello se requiere su análisis fenomenológico y, en última instancia, ontológico, “que permite responder acabadamente al ¿para qué? del derecho (...) Estos cuatro pasos o etapas no son compartimientos estancos que se suceden unos a otros, sino distintas dimensiones de un análisis único y circular. El estudio morfológico del derecho es un punto de partida que se reformula y recrea desde la mirada fenomenológica y ontológica. Así, una vez que se comprende que el derecho existencialmente tiende a proveer simultáneamente seguridad contra la imprevisión y seguridad contra la violencia (mirada fenomenológica), y una vez que se comprende que la violencia no se destierra sin el respeto de ciertos fines esenciales o naturales del hombre (mirada ontológica), se comprende también que el derecho es algo más que coacción organizada (morfológica interna). Se comprende, volviendo la mirada sobre el análisis morfológico interno, que el derecho cuenta no solo con reglas sino también con principios, y se comprende, volviendo la mirada sobre el análisis morfológico externo, que no cualquier regla o principio acogido por las fuentes sociales es propiamente derecho (...) Este esquema circular de la investigación conceptual del derecho se reproduce en la interpretación de las normas jurídicas”(7).

4

Análisis del proyecto de ley 101/14

4.1. Presupuestos del proyecto de ley 101/14

4.1.1. Precisiones lingüísticas

La expresión lingüística(8) “técnicas de reproducción humana asistida” -conf. art. 1° del proyecto analizado- carece de rigurosidad científica, ya que la “reproducción”(9) es propia de los seres irracionales.

Por otra parte, la expresión analizada se emplea, tanto en el proyecto de ley 101/14 como en la ley nacional 26.862 y en su decreto reglamentario 953/13, para referirse no solo a técnicas de asistencia médica para paliar la infertilidad, sino también a técnicas “artificiales”.

La distinción que efectuamos radica en el hecho de que la “asistencia” médica se enmarca en el orden de lo natural, que exige necesariamente la existencia de un acto sexual entre los progenitores(10). Por ende, el término “asistida” solo se refiere, estrictamente, a algunas técnicas que el decreto 953/13 denomina “de baja complejidad”, tales como la “inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada” -conf. art. 2º, párr. 1º, decreto 953/13, reglamentario de la ley nacional 26.862 (con excepción, a nuestro juicio, de los fármacos que producen una hiperestimulación ovárica(11))- , y las intervenciones quirúrgicas tendientes a paliar la obstrucción de las trompas de Falopio, entre otras.

La expresión “asistida” no engloba, por tanto, los artificios de laboratorio que excluyen el acto sexual entre los progenitores, a los que denominamos “técnicas de fecundación artificial”(12). Desde hace aproximadamente 20 años(13) se conocen más de 25 técnicas de fecundación que excluyen el acto sexual entre los progenitores (fecundación artificial), las cuales se pueden diferenciar en dos grupos:

1. Las técnicas de fecundación in vivo o intracorpórea (denominadas “de baja complejidad” por el decreto 953/13), en las cuales el óvulo y el espermatozoide se encuentran y fecundan dentro del cuerpo de la mujer. Se distinguen a su vez dos variantes: transferencia solo de espermatozoides o inseminaciones (IUI, DIPI, DIFI); transferencia de gametos (GIFT, GIAT, TOAST).
2. Las técnicas de fecundación in vitro o extracorpórea (denominadas “de alta complejidad” por el decreto 953/13), en las cuales el óvulo extraído es puesto a fertilizar por los espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer. También se distinguen dos variantes: la fecundación pasiva (FIVET; PROST; TET; ZIFT) y la fecundación activa o micromanipulación (SUIZI; ICSI).

Según participen o no gametos (óvulos y espermatozoides) de terceros, la fecundación artificial puede ser: homóloga o intraconyugal(14) (se utilizan gametos provistos por el matrimonio o pareja) y heteróloga o extraconyugal (se realiza con uno o los dos gametos provistos por terceros ajenos al matrimonio o a la pareja).

¿Cuál es el fundamento último de la distinción entre fecundación “asistida” y “artificial”? Fecundación(15) significa e implica “activar” un nuevo ser, un nuevo individuo; cuando se trata del hombre, la fecundación es sinónimo de procreación. Ahora bien, este tipo de intervención técnica no puede ser valorado igual que cualquier otro acto fisiológico y técnico (como podría ser, por ejemplo, la diálisis renal, que, al no poder efectuarse dentro del organismo de manera orgánica, se realiza desde fuera artificialmente, sin que este hecho comporte de suyo problemas jurídicos), puesto que la intervención técnica sustitutiva del acto sexual da como resultado la fecundación de una persona. Cabe entonces preguntarse con Caffarra si debe haber una “correspondencia adecuada” entre la persona humana que se quiere llamar a la existencia y el acto con el cual se ponen las condiciones para que la persona sea concebida. La adecuación o inadecuación de la respuesta es medida por el valor objetivo del ser, de su bondad ontológica(16). De allí que la persona humana tenga derecho a nacer de un acto sexual de sus progenitores, porque así lo indica la naturaleza humana. La fecundación artificial es indigna desde el momento en que la concepción del hijo es ajena a la unión sexual de los progenitores, que se convierten, de este modo, en simples “proveedores” de gametos -en la fecundación homóloga- o en simples requirentes de un hijo mediante la manifestación de su voluntad procreacional -en la fecundación heteróloga-.

4.1.2. Presupuestos técnicos del proyecto

Habitualmente, los Centros que realizan las técnicas de fecundación extracorpórea producen más embriones que los que transferirán al útero materno para poder seleccionarlos eugenésicamente mediante el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)(17), técnica que lesiona gravemente el derecho a la integridad del embrión(18), protegido por diversos tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución de la Nación Argentina (entre ellos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “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” y diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el mismo sentido, la ley nacional 25.467 de Ciencia, Tecnología e Innovación -publicada en B.O. el 26-9-01- prescribe en su art. 3º el respeto por la dignidad humana, la participación libre y voluntaria de las personas en ensayos de investigación y la no discriminación de personas en razón de su condición física historial y datos genéticos).

Los embriones no seleccionados mediante el DGP y considerados “sobrantes” son destinados a investigación, experimentación(19), descartados o bien congelados sine die, lo cual conlleva finalmente su muerte(20). La crioconservación implica el congelamiento de los embriones a 196 grados bajo cero en nitrógeno líquido, previamente preparados con “crioprotectores” -algunos de ellos tóxicos, como el glicerol(21)-, para luego ser descongelados y transferidos al útero de una mujer. El congelamiento es necesario porque la hiperestimulación ovárica previa a la fecundación produce en la mujer una fase lútea deficiente que debe ser remediada médicamente antes de la transferencia de los embriones para que estos logren implantarse(22). La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida(23) reconoce expresamente que el congelamiento de embriones “se ha convertido en una tecnología estándar en reproducción humana”. Cabe recordar que solo sobreviven al descongelamiento el 50 % de los embriones que se congelan(24). Al respecto, la Academia Nacional de Medicina de la República Argentina(25) ha dictaminado que “la crioconservación de embriones impone a los mismos un destino incierto, porque produce la muerte de hijos en etapa embrionaria en un porcentaje variable de acuerdo a los distintos Centros de Fertilización Asistida y porque no garantiza la transferencia de todos ellos al útero materno, lo cual significa selección y descarte. Esto implica desinteresarse de la suerte de estos embriones, a los que no se les reconoce ningún valor intrínseco”.

4.2. Cuestionamientos al proyecto

4.2.1. Endeble fundamento para la permisión del descarte de embriones “sobrantes” o su utilización para experimentaciones

Atento al problema que genera(26) la gran cantidad de embriones “sobrantes” que se encuentran congelados, el proyecto de ley 101/14 bajo análisis prevé como solución(27)(28) su utilización para investigación, so pretexto del extenso período de tiempo en que usualmente permanecen congelados. Afirmamos que el transcurso del tiempo es solo un pretexto para habilitar legislativamente la experimentación con embriones humanos, ya que tanto la literatura científica como los medios de comunicación social dan cuenta de nacimientos de personas(29) que estuvieron crioconservadas por más de diez años(30) -límite de tiempo que el proyecto establece como requisito para permitir su descarte o su utilización para investigación-, clara prueba de que estas personas se encontraban vivas durante su congelamiento.

4.2.2. Cosificación de los embriones

Por otra parte y para salvar la objeción de presunción de onerosidad que rodea la investigación científica realizada en embriones humanos, la legislación proyectada que analizamos prevé la “donación” de los embriones “sobrantes” (que ya se encuentra prevista en los arts. 1º, 2º y 8º de la ley 26.862) como medio de acceso del investigador al embrión no seleccionado para ser transferido a un útero. El empleo del término “donación” refiere, en el derecho argentino, a un contrato cuyo objeto es una “cosa” y, por ende, evidencia la cosificación(31) del embrión que subyace a las técnicas.

4.2.3. Apartamiento de los proyectos citados como fuente

En las sesiones ordinarias de la Cámara de Diputados (conf. Orden del día 1003/2014, publicadas el 27-10-14), se presentaron y debatieron los Dictámenes de Mayoría y Minoría del proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14 (actualmente en revisión en la Cámara de Senadores de la Nación bajo el número 101/14).

Conforme surge del Informe de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General y de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados, el proyecto sancionado 0581-D-14 y 4058-D-14 menciona como fuentes los proyectos de ley 0581-D-14, presentado por los diputados Bianchi, Puiggrós, Conti, Oporto, Zamarreño, Parrilli, Solanas, Arregui, Ciampini, Mendoza y Domínguez; y el 4058-D-14, presentado por los diputados Brawer, Ferreyra, Guccione, Segarra, Junio, Scotto, Carrizo, Gagliardi, Linares, Gaillard y Burgos. Asimismo, los diputados tuvieron a la vista los proyectos de ley de la diputada Majdalani (expediente 1107-D-13), de los diputados Puiggrós y Avoscan (expediente 146-D-14), de la diputada Donda Pérez (expediente 365-D-13) y el de los diputados Obiglio, Carranza, Tonelli, Brown, Ferrari, Schmidt Liermann, Aguilar, Triaca y Pinedo (expediente 6803-D-13).

El proyecto de los diputados Obiglio y otros (expediente 6803-D-13) -mencionado en el Dictamen de Mayoría del proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14- prohíbe “la eliminación deliberada de embriones humanos. Para su preservación, deberán tomarse los máximos recaudos técnicos y científicos posibles” (conf. art. 1°); prohíbe su comercialización o su utilización con fines industriales (conf. art. 2°) y “todo tipo de experimentación destructiva de embriones humanos” (conf. art. 3°). Finalmente, el art. 4° establece las sanciones correspondientes a quienes incumplan las prohibiciones enumeradas.

Por su parte, el proyecto de ley 0581-D-14(32) de los diputados Bianchi y otros -que es uno de los dos proyectos en los cuales se basa el proyecto bajo análisis-, expresamente prohíbe en su art. 17, inc. c), “la utilización de embriones para la experimentación” y solo contempla el descarte del material genético -es decir, de óvulos y espermatozoides (conf. arts. 14 y 15)-, pero no el de embriones.

Por ello, diversos juristas especializados en derechos humanos(33) han lamentado esta modificación introducida por la Cámara de Diputados al proyecto de ley original 0581-D-14, modificación que, al autorizar la investigación y descarte de embriones, vulnera el derecho fundamental a la vida de las personas por nacer concebidas mediante estas técnicas(34) y establece una discriminación arbitraria(35) fundada en la salud de los embriones -conf. distinción entre embriones “viables” e “inviables” establecida por el art. 14 del proyecto analizado que desprotege a estos últimos-, en clara violación del derecho a la igualdad(36) y a la no discriminación arbitraria, reconocidos por el art. 16 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna (conf. art. 75, inc. 22).

4.2.4. Contradicciones

4.2.4.1. Contradicción intrínseca con la finalidad del proyecto

El proyecto 101/14 bajo análisis contradice la finalidad que enuncia en su art. 1° (“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”), tal como lo advierte la disidencia parcial al proyecto 0581-D-14 y 4058-D-14 de los diputados Biella, Calvet, Duclos, Fiad y Burgos al decir que “la protección del embrión no implantado establecida en el artículo 1° no sea más que otro título por el que se quiere implementar una política sanitaria que implique lo contrario a lo que se pretende legislar, es decir, se está consagrando en realidad la desprotección del embrión no implantado”.

La referida contradicción es explicada por la diputada Bodyajjian en su disidencia parcial: “Surge a las claras la contradicción existente entre el principio promovido en el artículo 1° en cuanto a la protección del embrión humano y los artículos que cosifican el embrión al darle la posibilidad de ser descartado al cumplirse el plazo que dispone el dictamen que en este acto disiento. Asimismo puede hacerse notable esta misma cosificación del embrión al permitirse su experimentación científica y catalogización de los mismos en cuanto a su viabilidad o no. Del mismo modo también disiento con lo expuesto en el artículo 14 del punto b) que habla sobre la conservación de los gametos criopreservados pero olvida la prohibición de comercialización instantánea con gametos no conservados”.

La disidencia parcial del diputado Triaca se funda en que “aunque el predictamen afirma ‘la protección del embrión no implantado’, en su articulado desprotege completamente a los embriones, permite su descarte (artículos 11, 12, 14), los discrimina entre viables y no viables, permite su selección genética por diagnóstico preimplantatorio, permite que sean destruidos y usados en investigación (artículos 12, 13 y 14) y respecto a estos últimos no se brinda ningún criterio de protección. Trata a los embriones como cosas, sujetas a ‘donación’, que pueden ser ‘descartadas’, entre otros muchos comentarios. El proyecto es funcional a la generación deliberada de embriones con fines de investigación. En efecto, se permite destinar a investigación los embriones al término de su conservación en un plazo de 10 años (artículo 12), pero ese plazo puede ser ‘abreviado’ por las personas o parejas a su voluntad (artículo 13). De este modo, podría darse el caso de una persona que conciba embriones, los congele, luego ‘abrevie’ el plazo y los destine a investigación. Incluso respecto a los embriones ‘viables’ sostiene que podrán ser utilizados en investigación si se respetan ‘parámetros’ fijados por la autoridad de aplicación (artículo 14) (...) Otra preocupación es el tratamiento que se le otorga a los centros de fecundación ya que correría el riesgo de convertirlos en ‘dueños de personas’ al establecer la posibilidad de que las personas ‘donen’ embriones a los centros de salud (artículo 13). Admite el diagnóstico genético preimplantatorio que es claramente un mecanismo de selección eugenésica de la descendencia. El proyecto casi no coloca límites a la realización de las técnicas reproductivas y resulta hecho a la medida de un poder biotecnológico que quiere disponer de la vida humana como un recurso más. Se encuentra afectado el derecho a la vida por el descarte de embriones y su utilización con fines de investigación, como también por la legalización misma de la fecundación in vitro”.

4.2.4.2. Contradicción con la ley 26.994

La frase del último dictamen citado -que afirma que la afectación del derecho a la vida se produce “por la legalización misma de la fecundación in vitro”- nos remonta más allá de los argumentos antes esbozados para afirmar la incoherencia entre el art. 1° y el resto de los artículos del proyecto bajo análisis.

En efecto, la incoherencia se basa, por sobre todo otro argumento, en las técnicas de fecundación artificial en sí mismas(37), cuya cobertura gratuita por el sistema de salud argentino se ordena mediante la ley 26.862. Estas técnicas revisten un carácter experimental(38) (en los términos del art. 58(39) ab initio, del cód. civil y comercial unificado -ley 26.994-), ya que constituyen tratamientos “cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente”. Ello así porque estas técnicas no han superado los estándares(40) para ser consideradas “no experimentales”, atento a su baja tasa de éxito(41) y los elevados costos en vidas humanas y daños a la salud de los pacientes involucrados, es decir: embriones(42), donantes de gametos y mujer gestante, sin guardar una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causan (conf. inc. e)], que resultan desproporcionados(43).

Sin embargo, el proyecto de ley 101/14 pretende avanzar más aún que la ley 26.862 respecto de la desprotección de las personas por nacer, ya que autoriza expresamente la investigación en embriones humanos. Al hacerlo, desconoce los requisitos para la experimentación con seres humanos que establece el art. 58(44) 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”.

Asimismo, cabe considerar 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(45), 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). Para los supuestos de contraposición de intereses, el Código Civil y Comercial Unificado contempla el nombramiento de un tutor especial(46) 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 101/14 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”.

4.2.4.3. Contradicción con la ley 26.061

El proyecto 101/14 otorga a sus disposiciones el carácter de “orden público” (conf. art. 34), en abierta colisión con lo establecido por el art. 2º in fine de la ley 26.061(47), reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño.

El art. 2º de la ley 26.061 declara que la Convención sobre Derechos del Niño “es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad”. El mismo artículo establece la defensa en juicio de los menores, reconociendo que tienen derecho a ser oídos -por intermedio de quien los represente-. Esto es de especial aplicación cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio de la eliminación de embriones “sobrantes” concebidos extracorpóreamente no transferidos al seno materno (conf. arts. 9º a 14 del proyecto bajo análisis), o bien ya transferidos y suprimidos mediante aborto (v. gr., por reducción embrionaria), o bien mediante su congelamiento -que conlleva su muerte lenta-(48).

Finaliza el art. 2º de la ley 26.061 estableciendo que “los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. Esta declaración de “orden público” del derecho a la vida de toda persona desde su concepción colisiona con la declaración de orden público establecida en el art. 34 proyectado, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad es el art. 19 de la CN, atento a la existencia de un “tercero” (la persona por nacer) que se vería ciertamente perjudicado por la utilización de estos procedimientos técnicos.

Por otra parte, el art. 3º de la ley 26.061 puntualiza que se entiende por interés superior del niño “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”(49). El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8º, el derecho a la vida. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados a garantizar “en la máxima medida posible” el derecho a la vida de todo niño. Consideramos que el Estado solo puede garantizar en la máxima medida posible el derecho a la vida de la persona por nacer mediante su tutela penal(50).

El citado art. 3º de la ley 26.061 declara que se debe respetar la “condición de sujeto de derecho” que tiene todo niño, y agrega en su parte final que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (el subrayado me pertenece). Es decir que conforme al citado art. 3º, todo niño desde su concepción tiene -al igual que una persona adulta- “condición de sujeto de derecho” -es decir, personalidad-. Por otra parte, en caso de considerarse que el deseo de ser padres a través del recurso a la fecundación artificial extracorpórea es un “derecho o interés legítimo”, no puede prevalecer frente a los derechos e intereses del niño, entre ellos, su derecho a la dignidad y a la vida.

4.2.4.4. Vulneración de principios internacionales referidos a investigaciones en seres humanos

Por último, cabe analizar el proyecto a la luz de los principios internacionales, ya que la práctica judicial(51) muestra que junto a las normas -a las que se denomina “reglas”-, existen otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible -a las que se llama “principios”-(52).

Los principios internacionales referidos a investigaciones en seres humanos vulnerados por este proyecto son, 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(53) -con la salvedad que hicimos anteriormente sobre la contraposición de intereses-.

El Tribunal Europeo de Justicia ha aplicado los referidos principios en la sentencia dictada por la Gran Sala(54) 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 Invencciones Biotecnológicas(55), estableciendo: “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”.

Conclusión

De lo expuesto concluimos que el proyecto de ley 101/14 es intrínsecamente contradictorio, viola la Convención sobre los Derechos del Niño y su ley reglamentaria y vulnera los principios internacionales que rigen la investigación en seres humanos.

Por otra parte, el avance del proyecto analizado respecto de la ley 26.862 y del proyecto de ley 0581-D-14 en cuanto a la desprotección de las personas concebidas mediante las técnicas de fecundación in vitro muestra "el cambio de eje en la motivación de fondo del legislador para regular estas técnicas. Mientras que en los años 80 se trataba de resolver la cuestión de la infertilidad o esterilidad, en este proyecto el eje pasa por el deseo reproductivo. Así, se expande la aplicación de estas técnicas fuera del contexto de la salud y se impone una lógica biotecnológica que pretende convertir la vida en un mero material biológico disponible" (56), es decir: "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"(57). Muestra, en definitiva, su rostro violento.

De este modo y una vez más, el legislador desoye 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"(58).

Por último, concluimos que la violencia biotecnológica que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea implican (por el daño directo o la eliminación deliberada de embriones humanos producidos extracorpóreamente -violencia autorizada expresamente por el proyecto analizado-) no se desterrará de la Argentina sin el respeto por parte de las normas, de ciertos fines esenciales o naturales del hombre(59), porque la naturaleza es "signo" de una cierta legalidad(60). Por ello, no cualquier regla acogida por las fuentes sociales es propiamente derecho(61)... Ciertamente, este proyecto analizado no lo es.

VOCES: BIOÉTICA - DERECHOS HUMANOS - FAMILIA - PATRIA POTESTAD - PERSONA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - SALUD PÚBLICA - TECNOLOGÍA - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO

(* Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia, por Analía G. Pastore, ED, 245-50; Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, Ursula C. Basset y Jorge Nicolás Lafferrère, ED, 245-72; En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero, por Jorge Benjamín Aquino y Pedro José María Chiesa, ED, 252-1039; 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; No somos solo nuestro ADN: Los peligros éticos de los embriones de tres padres, por Maureen L. Condit, ED, 257-910; La Argentina, próxima a la sanción de una ley de fecundación artificial que permite la destrucción de embriones humanos, por María Inés Franck, ED, 260-911; Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, por Silvia Marrama, ED, 261-623; Corte Europea de Derechos Humanos pone freno a uso de embriones para investigación, por Jorge Nicolás Lafferrère, ED, 264-883; La protección de la vida de los embriones crioconservados, por Eduardo A. Sambrizzi, ED, 265-162. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) La autora es Abogada-Mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: marramasilvia@gmail.com.

(***) Zambrano, Pilar, La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, prólogo de Carlos I. Massini Correas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, Serie Estudios Jurídicos, N° 142, pág. 70.

(1) Marrama, Silvia, El paradigma protectorio de las personas con discapacidad, en La Ley LLDFyP, 2015 (octubre), 7-10-15, 224. Cita online: AR/DOC/3195/2015. Fallo comentado: CFed. San Martín, sala I, 11-11-14, "G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas" y La justicia declara la validez de los "actos extrapatrimoniales" de subrogación de vientres, ED, 264-428.

(2) Marrama, Silvia, El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, ED, 258-884 y Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea, ED, 260-869.

(3) Marrama, Silvia, Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas, ED, 258-248. Misma autora, La justicia declara..., cit.

(4) Sobre el diagnóstico genético preimplantatorio ver Marrama, Silvia, El paradigma protectorio..., cit., y también, La justicia declara..., cit.

(5) Respecto de esta sanción, conf. cap. VI del libro de mi autoría: Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, Paraná, Dictum, 2012, colección Doctrina.

(6) Marrama, Silvia, Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014, ED, 259-757. De la misma autora, Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, ED, 261-623 y Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia, en Anales, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2014, t. XVI, parte I.

(7) Zambrano, Pilar, La inevitable creatividad..., cit., págs. 68/70.

(8) "Dado que el derecho es una práctica mediada por el lenguaje, la interpretación jurídica no escapa a la regla general según la cual el sentido de los términos y de las expresiones jurídicas se determina en el contexto en que se emiten e interpretan (...) En este orden de ideas, explica Massini que en toda interpretación jurídica pueden detectarse tres contextos que deben ser tenidos en cuenta para la determinación del sentido normativo: el lingüístico, el sistémico y el funcional. Desde la perspectiva del contexto lingüístico, el sentido de las palabras normativas depende de las reglas de uso del lenguaje en que se expresan".

Zambrano, Pilar, La inevitable creatividad..., cit., pág. 2.

(9) "Según la biología un rasgo esencial de los organismos vivos frente a los artefactos es la capacidad de reproducirse teniendo especial importancia su invariancia, o sea que el código genético propio de la especie es reproducido siempre en forma invariable. Por tanto, el término 'reproducción' expresa en primer lugar la identidad genética de la especie, no de un individuo. Se 'reproduce' siempre -y únicamente- lo común. Por eso debemos interrogarnos: dadas las particularidades del ser humano, ¿es acaso "reproducción" la palabra más indicada para aplicar a la transmisión de la vida humana?; y además: ¿el hombre es sólo un individuo al que se le han transmitido las características genéticas de la especie? Si bien el animal también posee su individualidad genética, el sentido común con la palabra 'procreación' transmite dos nociones fundamentales: en primer lugar, que el hijo no es la reproducción de los padres, sino que se espera a un ser distinto, único e irrepetible, que algún día realizará por sí mismo y en uso de su libertad su propio desarrollo personal, no impuesto por la naturaleza ni los genes de los padres y, en segundo lugar, que la procreación lleva implícita la intervención del Creador, pues está claro que los padres no crean nada ex nihilo y menos al hijo, dado que sus propios gametos provienen de un cuerpo que les ha sido dado y el alma es creada por Dios. Pero aun el ateo advierte con claridad que la concepción es un hecho que está envuelto en un misterio. Esto es precisamente lo que la ideología científicista quiere hacer desaparecer del horizonte cultural y, para ello, se recurre semánticamente a una metamorfosis conceptual, pues hasta ahora el término reproducción era empleado más en un contexto animal que humano". Quintana, Eduardo M., Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial, en Prudentia Iuris, N° 66-67, Buenos Aires, Educa, 2009, pág. 117.

(10) Desarrollé este argumento de exigencia del acto sexual entre los progenitores como marco natural de la procreación en el cap. II del libro Fecundación in vitro..., cit.

(11) "Es de enorme trascendencia científica y ética, saber que las TRHA, debido a la hiperestimulación de folículos ováricos aún inmaduros, mediante la utilización de fármacos (cittrato de clomifeno, hormona gonadotropina coriónica humana, hormona gonadotropina menopáusica, hormona luteinizante y folículoestimulante) y por la permanencia in vitro de los embriones humanos hasta su transferencia intrauterina, ocasionan alteraciones en el proceso normal de imprinting genómico (...) La alteración del mismo ocasionará aparición de patologías embrionarias, cuya incidencia se comprueba aumentada en los niños concebidos por TRHA, tales como síndrome de Angelman, de Beckwith Wiedemann, de Silver Russell y tumor maligno de retina o retinoblastoma (...) El fenómeno de imprinting va a establecerse en los dos momentos 'claves' mencionados: ovogénesis o formación del óvulo maduro para ser fecundado y, constitución embrionaria inicial, principalmente hasta la formación del blastocisto. Cabe destacar que las TRHA vulnerabilizan particularmente estos 'momentos clave', ocasionando así un aumento en la incidencia de las patologías congénitas ocasionadas por modificación del imprinting, promovidas en estos casos por 'la mano del hombre' (teratogenia directa e iatrogenia: mala praxis) (...) Las modificaciones del imprinting genómico sufrida por ovocitos madurados artificialmente y embriones in vitro pretransferencia, ocasionan en muchos de los sobrevivientes a estas técnicas, síndromes genéticos con discapacidad física e intelectual y complicaciones de salud de por vida. La situación de riesgo ocasionada por las alteraciones del imprinting es en realidad imprevisible, puesto que: se produce modificación en el funcionamiento de varias y diversas regiones génicas, concomitantemente con las modificadas en las formas clásicas o 'naturales' de estos síndromes (las formas de presentación no existentes en la naturaleza) y que puede afectar a futuras generaciones" (los resaltados son nuestros). Montanari, Daniela, Fecundación artificial, consentimiento informado y mala praxis: Informe de daños psicofísicos en la madre y malformaciones genéticas de la prole que no deben ser omitidos por abogados y jueces, inédito. Por ello es una práctica habitual en los Centros de Fertilización que entre las 14 y 19 semanas se realice un diagnóstico prenatal. Al respecto puede consultarse la obra de Lafferrière, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, Buenos Aires, Educa, 2011 y el artículo de Chiesa, Pedro J. M. - 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, ED, 252-1039. Si el resultado del diagnóstico prenatal muestra que existe una probabilidad de malformación embrionaria, los Centros de Fertilización recomiendan el aborto provocado (conf. Navarro del Valle, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro. prólogo por Jorge Scala, Temas de actualidad N° 5, San José de Costa Rica, Promesa, 2001, pág. 43 y sigs.).

(12) Expresión utilizada por la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en su Conclusión 4.

(13) Las técnicas mencionadas son las siguientes: CIV: Cultivo intravaginal; DIPI: Inseminación intraperitoneal directa; DIFI: Inseminación intrafolicular directa; FIVET: Fecundación in vitro con transferencia de embriones; GIFT: Transferencia intratubárica de los gametos; GIAT: Transferencia intrabdominal de gametos; GIPT: Transferencia intraperitoneal de los gametos; GIUT: Transferencia intrauterina de óvulos y espermia; IA: Inseminación artificial; ICSI: Inseminación intracitoplasmática de espermatozoides; ICI: Inseminación intracervical; IPI: Inseminación intraperitoneal; ITI: Inseminación intratubárica; IUI: Inseminación intrauterina; LTOT: Transferencia ovocitaria en la trompa proximal; MESA: Aspiración de los espermatozoides del epidídimo y subsiguiente TEST; OPT: Captación ovocitaria y transferencia intrauterina; PRETT: Transferencia intratubárica del embrión; PROST: Transferencia intratubárica en el estadio pronuclear; SUIZI: Inseminación subzonal del ovocito; TC-GIFT: GIFT transcervical; TC-TEST: TEST transcervical; TEST: Transferencia intratubárica del embrión; TOAST: Transferencia intrauterina de óvulos y espermatozoides por vía transcervical; VITI: Inseminación intratubárica por vía vaginal; ZIFT: Transferencia intratubárica del cigoto. Cfr. Martínez, Antonio R., La infertilidad y sus tratamientos, en Andorno, Roberto L. - Arias de Ronchetto, Catalina E. - Chiesa, Pedro M. - Martínez, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, Buenos Aires, Ábaco, 1997, págs. 26/34.

(14) Más allá de los fraudes que puedan producirse y a los que nos referiremos más adelante, el Dr. Chiesa explica que toda fecundación artificial homóloga tiene una esencia inexorablemente heteróloga: "Cuando la generación artificial se realiza con gametos de terceros, ya existe una cuestionable disociación de la paternidad, pero la misma también tiene lugar si el material genético es de una misma pareja, puesto que el padre principal del efecto (el que verdaderamente genera y da forma) sigue siendo el científico que, con su acción, sustituye al acto conyugal. Es decir, sea que se trate de una fecundación in vitro homóloga o heteróloga, la heterología siempre estará presente en la intervención del científico, aunque es justo reconocer que lo estará con mayor fuerza en los casos de donación de gametos". Chiesa, Pedro J. M., El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y de la maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial, ponencia presentada en la Comisión 6 de derecho de familia, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas, San Miguel de Tucumán, 29-9-11.

(15) Cfr. Sgreccia, Elio, Manual de bioética, México, Diana, 1994, pág. 105 y sigs.

(16) La persona, en cuanto tal, existe en sí y para sí. Existe en sí, es decir, ella se posee, porque su acto de ser es el acto de ser del espíritu. Por lo tanto, ella no pertenece a nadie. Existe para sí, no puede ser medio para otro fin; ella misma es fin. Si este es el valor propio del ser personal, entonces la persona debe ser querida en sí misma y por sí misma: este es el único modo de "corresponder adecuadamente" a ella. Es, en otras palabras, el acto con el cual se quiere que la persona sea, porque el que ella sea es un bien, prescindiendo de cualquier otra consideración utilitarista y hedonista: su puro y simple existir es querido. Esto corresponde al acto de amor. Solo el amor es la correspondencia adecuada a la persona: adecuado a su valor específico. Pero lo que caracteriza a la fecundación extracorpórea es que el acto que pone las condiciones para el surgir de una nueva vida humana está separado del acto de unión sexual entre los esposos, que no implica solo -reiteramos- la unión biológico-genital sino, sobre todo, una unión psicológica y espiritual de las dos personas: una unión a nivel físico, psicológico y espiritual. Esto solo es posible cuando la persona hace de sí misma don al otro, con un acto de amor. Este acto de amor puede dar origen a una nueva vida humana. Puede, no solo en sentido biológico sino también en sentido ético: este acto es digno -posee una correspondencia adecuada- de dar origen a una persona humana. En la fecundación extracorpórea ocurre que este acto de amor interpersonal es separado del otro acto: del acto con el cual se ponen las condiciones para que surja una nueva vida. Cfr. Caffarra, Carlo, La fecundación in vitro: consideraciones antropológicas y éticas, en Revista Diálogo, San Rafael, Edit. del Verbo Encarnado, 1994, vol. VIII, año 2, segunda época, págs. 49/63. Se da una "correspondencia adecuada" cuando el hombre responde a los valores con que se relaciona, en el modo debido a la importancia de dicho valor. O, para ser más precisos, según la valía del ser cuyo valor ha sido percibido. Cfr. Caffarra, Carlo, La fecundación in vitro..., cit.

(17) Quintana, Eduardo M., El diagnóstico prenatal. Consideraciones jurídicas, ED, 200-635. Lafferrière, Jorge N., Las implicaciones jurídicas..., cit.

(18) Cfr. Chiesa, Pedro J. M. - Aquino, Jorge B., En cada proceso..., cit.

(19) Cfr. López Moratalla, Natalia, Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias, en Cuadernos de Bioética, XVII, 2006/3ª, págs. 327/347. En Inglaterra, v. gr., hasta el año 2008 ya se han utilizado más de 100.000 embriones humanos para experimentación. Cfr. Ostnor, Lars, Stem Cells, Human Embryos and Ethics: Interdisciplinary Perspectives, Springer, 2008, pág. 72. Villa, Carmen E., Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres, en Boletín electrónico Zenit, 28-4-10, Códice: ZS 100428, <http://www.zenit.org>.

(20) Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., cap. III.

(21) Los riesgos de presentación del embrión para vitrificarlo o crioconservarlo pueden apreciarse en Lazcano, Jessica - Maldonado, Israel - López, Pablo - Dabbah, Jacobo - Moreno, Daniel - Bermúdez, Alexandra - Gaytán Melicof, José E., Estudio clínico comparativo. Resultado de la vitrificación y desvitrificación de embriones humanos con dos tipos de sistemas abiertos: Cryotop vs. Cryolock, en Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción, 2010; 2(3): 79-8, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2010/mr103c.pdf>.

(22) Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit.

(23) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Manual de procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida, Santiago de Chile, 1998, en <http://www.redlara.com/>.

(24) Cfr. diario La Nación, Buenos Aires, 15-6-93. El transcurso del tiempo no ha incrementado los porcentajes de supervivencia de los embriones. En efecto, "al descongelar concepti, la tasa de supervivencia fluctúa entre un 40 % y 80 %", según informan Liebermann, J. - Nawroth, F. - Isachenko, V. - Isachenko, E. - Rahimi, G. - Tucker, M. J., The potential importance of vitrification in reproductive medicine (La importancia potencial de la vitrificación en medicina reproductiva), Minireview, Biol. Reprod. (in press). Cit. por Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Manual de procedimientos..., cit.

(25) Dictamen de la Academia Nacional de Medicina, publicado en La Nación, 23-9-95. <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/22.php>.

(26) Cfr. Lafferrière, Jorge N., Los embriones congelados, en un callejón sin salida, ED, 257-922. Pastore, Analía G., Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia, nota a fallo "Perasso, Ana c. Skou, Alan Christian s/medidas precautorias", CNCiv., sala J, 13-9-11, ED, 245-50.

(27) Hace más de diez años Arias de Ronchietto indicaba en forma visionaria y como solución a la crioconservación sine die de embriones abandonados, su "filiación por dación prenatal", "ante la emergencia impuesta por abusivos hechos consumados; de ningún modo para legitimar la práctica de la crioconservación", y a la par proponía "la suspensión de la práctica de la crioconservación en Argentina". Arias de Ronchietto, Catalina E., Reglamentación legal nacional de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina, ponencia presentada ante la Comisión 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003), cuyo tema era "Comienzo de la existencia de la persona humana". La "emergencia impuesta por abusivos hechos consumados" quedó evidenciada en el fallo de la CNCiv., sala I, in re "Rabinovich, Ricardo D. s/amparo", 3-12-99, ED, 185-412.

(28) Para intentar paliar el problema de los embriones "sobrantes", dos proyectos de ley de regulación de las técnicas para las provincias argentinas de Entre Ríos y de Córdoba establecen un límite en el número de embriones a producir. Cfr. Melchiori, Eduardo, Proyecto de ley N° 10854-8280, art. 5°, inc. d): "Queda totalmente prohibido el descarte o anulación de embriones, prohibiéndose también su criogenización"; art. 6°, inc. d): "Queda expresamente prohibido la crioconservación de embriones, para ser transferidos, comercializados, o utilizados con fines experimentales". Es decir que los embriones producidos deben transferirse inmediatamente al útero materno. Cfr. García Elorrio, Aurelio, Proyecto de regulación del modo de aplicación de la Ley 26.862, art. 8°: "Disposiciones especiales para las técnicas de alta complejidad. En cada intento, deberán implantarse la totalidad de los óvulos fecundados, los cuales -en ningún caso-, podrán ser más de tres (3). Los embriones solo podrán ser implantados; no se los podrá manipular ni destruir; y solo podrán permanecer congelados el tiempo que sea necesario para implantarlos en el momento adecuado. Se prohíbe la donación de gametos".

(29) Según la Constitución de la Nación Argentina, la persona comienza a existir desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida. Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño: arts. 1°, 6°, 19, 24 y Declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados parte, que es condición de vigencia de este tratado: "Con relación al artículo 1° de la Convención sobre 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 la concepción y hasta los 18 años de edad". Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos): arts. 1°, 3°, 4°, 6°. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: arts. 11.2.a y d. y 12.2; entre otros. A mayor abundamiento, todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo; por ello, ante la duda sobre la existencia de una persona juega el principio in dubio pro homine o in dubio pro persona. Según nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, los conceptos de "hombre", "ser humano", "persona" y "derecho a la vida" están esencialmente vinculados. Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., cap. IV.

(30) El Dr. Pasqualini refiere que en su Centro Halitus, "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 da cuenta de que "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", conf. Nacimiento a partir de un embrión congelado durante una década, publicado el 20-3-07 en <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=45645>, último acceso 1-12-14.

(31) Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E. - Basset, Ursula C. - Lafferrière, Jorge N., Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad, ED, 245-72. De Martini, Siro, Preguntas y respuestas en torno a la fecundación artificial, ED, 245-1215 y La desprotección de la vida humana en el fallo "Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación in vitro y la vida humana, ED, 252-949. Marrama, Silvia, 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, ED, 255-732.

(32) Para un análisis del proyecto, conf. Franck, María I., La Argentina, próxima a la sanción de una ley de fecundación artificial que permite la destrucción de embriones humanos, ED, 260-911. Marrama, Silvia, Los derechos personalísimos..., cit.

(33) Entre ellos, se destaca el artículo de Lafferrière, Jorge N., Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas, La Ley, t. 2015-A, año LXXIX, N° 24, 4-2-15.

(34) Las técnicas producen mortalidad embrionaria por su baja tasa de éxito, por selección embrionaria eugenésica, por reducción embrionaria, por congelamiento y descongelación, por investigación sobre embriones sobrantes, por descarte de embriones, por mayores porcentajes de embarazo ectópico con recomendación de aborto por parte de los médicos que realizan las técnicas, por mayor tasa de abortos espontáneos, etc. Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., cap. III. Más allá de los desproporcionados costos económicos que las técnicas de alta complejidad conllevan (Fertilización asistida: las prepagas creen que la ley es una irresponsabilidad, en diario La Nación, 5-6-13, <http://www.lanacion.com.ar/1588882-fertilizacion-asistida-las-prepagas-creen-que-la-ley-es-una-irresponsabilidad>), existe un costo del que pocos hablan, y que es el costo en vidas humanas que el empleo de las técnicas extracorpóreas acarrea. Basta mencionar que "el 11 de julio de 2007 el Departamento de Salud del Reino Unido de Gran Bretaña dio a conocer el destino de los embriones de la fecundación in vitro (1991-2006), informando que, por cada niño nacido de la reproducción artificial, 23 embriones humanos habían muerto; pues mientras 98.200 embriones habían alcanzado a nacer (4,26 %), 2.204.427 fueron destruidos (94,74 %)" (Chiesa, Pedro J. M. - Aquino, Jorge B., En cada proceso..., cit.).

(35) Respecto de la discriminación en cuestiones de salud, conf. Lafferrière, Jorge N., ¿Por qué se dice que en la fecundación asistida hay una discriminación genética?, ED, 245-1241 y Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina, ED, 244-945. Tale, Camilo, La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos, en ED Política Criminal, diario n° 11.598 del 21-9-06.

(36) Acerca del derecho a la igualdad y a la no discriminación, conf. Cianciardo, Juan, El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, ED, 234-865. Cianciardo, Juan - Romero, Maximiliano J., El principio de igualdad y los efectos horizontales de los derechos constitucionales. Entre el conflictivismo y la armonización, ED, 241-935.

(37) Cfr., v. gr., Arias de Ronchietto, Catalina E., Ley Nacional sobre Fertilización Humana Asistida, 2013. ¡No eclipsemos la cuestión central!, La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, N° 7, agosto 2013, pág. 46. Lafferrière, Jorge N. - Nassazi, Fernando J., La prohibición de destruir embriones humanos o concebidos con fines industriales, comerciales o de experimentación, ponencia presentada en la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 23 de septiembre de 2013, Comisión 1. López de Zavalía, Fernando, Técnicas de Reproducción Asistida y el Proyecto de Código, LL, 2012-E-745. Marrama, Silvia, Razonabilidad y proporcionalidad..., cit. Quintana, Eduardo M., Persona y filiación en la legislación actual y proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Unificado, Comunicación del Académico de Número Eduardo M. Quintana, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 14 de mayo de 2014, publicada por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, noviembre de 2014. Sambrizzi, Eduardo A., La procreación asistida recientemente sancionada, La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, N° 7, agosto 2013, pág. 3.

(38) La doctrina argentina mayoritaria entiende que el sistema de salud no se encuentra obligado a la cobertura gratuita de las técnicas experimentales en seres humanos. Cfr. Basset, Ursula C., Cobertura de tratamientos de fecundación in vitro y derechos humanos. ¿Un caso de falacia de pregunta compleja?, ED, 246-297. Tale, Camilo, ¿Comprende el "derecho a la salud" la facultad de exigir a la obra social o a la empresa de medicina prepaga que costee tratamientos que se hallan en estado meramente experimental?, ED, 233-593.

(39) "Artículo 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, solo 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".

(40) 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 participe 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, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012, págs. 20/21.

(41) 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: Embriones humanos concebidos: 2.302.627 (100 %) Niños nacidos por procreación artificial: 98.200 (04,26 %) 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 analysis of the HFEA Register data, 1991-2006, (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11-7-07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia.

(42) Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E. - Berti García, Milagros - Nassazi Ruano, Fernando, Los concebidos criopreservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos, La Ley, DJ 16-11-11, 5.

(43) Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, págs. 281/293. Cianciardo, Juan - Romero, Maximiliano J., El principio de igualdad..., cit. Toller, Fernando, Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, ED, 180-1427.

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

(45) Cfr. Carnota, Walter F., El consentimiento informado por subrogación, ED, 191-523. Marrama, Silvia, Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuesta de reforma, ED, 245-881 y Ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, 248-802.

(46) Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., cap. V.

(47) Sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada por unanimidad el 28-9-05.

(48) Respecto de la reducción embrionaria y el congelamiento de embriones, conf. cap. III del libro de mi autoría: Fecundación in vitro..., cit.

(49) Cabe destacar que el interés superior del niño está conformado por derechos y garantías, y el aborto -muerte provocada de un ser humano concebido y no nacido- no es ni un derecho ni una garantía constitucional. Mal pueden, entonces, "autorizarse" abortos de menores de edad embarazadas alegando su superior interés. Cfr. Marrama, Silvia, A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo "del reino del revés" (nota a fallo STJ Río Negro in re "N., R. F. s/abuso sexual s/incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/apelaciones s/casación", 11-5-11), ED, 243-1049.

(50) Si el derecho a la vida es supraconstitucional (preexistente a toda legislación positiva), es intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos como "delito". Cfr. Basset, Ursula C., La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, ED, 219-755. Esa tutela se efectiviza a través del delito de aborto, ubicado en el Código Penal en el Libro Segundo, "De los delitos", Título I, "Delitos contra las personas", Capítulo I, "Delitos contra la vida". Es decir que el sujeto tutelado es la persona por nacer, su vida. El derecho a la vida de toda persona desde su concepción, reconocido por la Constitución Nacional, proyecta sus efectos sobre el mismo Código Penal, de jerarquía infraconstitucional. Por tanto, este no podría alegar una supuesta "autonomía" para determinar qué se entiende por "persona" ni cuándo comienza a existir esta. Los juristas argentinos tienen diversas posturas respecto de la configuración del delito de aborto respecto de la muerte provocada de personas concebidas fuera del seno materno por fecundación artificial extracorpórea (conf. Bach de Chazal, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino, Buenos Aires, El Derecho, 2009, pág. 152 y sigs.). En el mismo sentido Lafferrière afirma: "El derecho humano a la personalidad proyecta sus efectos sobre el mismo Código Penal, que no podría alegar una supuesta 'autonomía' para determinar qué se entiende por 'persona' para el derecho penal. Advuértase que aquí ya no nos referimos solo a la noción 'civil' de persona física o humana (en Argentina, arts. 30, 51 y 70 del Código Civil), sino a un concepto 'constitucional' de persona humana, que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia (la concepción). No sería, entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la 'personalidad' del embrión, pues ello viene determinado por el derecho natural y los 'derechos humanos". Lafferrière, Jorge N., Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos". Buenos Aires, 15 de agosto de 2006), ED, 219-858.

(51) "Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas". Dworkin, Ronald, Taking rights seriously, Londres, Duckworth, 1977, traducción española de Guastavino, Marta, Los derechos en serio, 3ª reimpr., Barcelona, Ariel, 1997, pág. 72. Cit. por Cianciardo, Juan, Una introducción a los principios constitucionales, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pág. 13.

(52) Cfr. Cianciardo, Juan, Una introducción..., cit.

(53) Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., págs. 19/20.

(54) Cfr. Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof - Alemania) - Oliver Brüstle / Greenpeace eV (Asunto C-34/10), en DOC 100, de 17-4-10. Cfr. Quintana, Eduardo M., Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del óvulo. Rechazo del patentamiento biotecnológico, ED, 245-566.

(55) 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, en diario La Ley, N° 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.

(56) Lafferrière, Jorge N., Análisis de la media..., cit.

(57) Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., pág. 31.

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

(59) Cfr. Zambrano, Pilar, La inevitable creatividad..., cit., pág. 70.

(60) Cfr. Segovia, Juan F., Recensión al libro de Carlos I. Massini Correas, La falacia de la falacia naturalista, Mendoza, EDIUM, 1995. En <http://www.um.edu.ar/um/resenia/rese10/massini.htm>.

(61) Zambrano, Pilar, La inevitable creatividad..., cit., págs. 68/70.