“La instrumentalización de los niños”.

Nota a fallo “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Expediente N° 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008

Por Silvia Marrama

Revista Gladius, Año 26 N° 76. Buenos Aires, Diciembre 2009. Edit. Baraga. Pág. 31-46.
ISBN-10: 950-9674-89-9 ISBN-13: 978-950-9674-89-9.

1. Introducción

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió recientemente¹ condenar a una mutual y una obra social solidariamente a cubrir en un 100% los tratamientos tecnológicos, para que al matrimonio promotor del amparo se le “fabrique” un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano nacido enfermo. Esta "fabricación" se realizará a través del sistema de fertilización artificial con selección de un embrión no portador de la enfermedad, e histoidéntico a su hijo nacido, para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica.

Habiendo probables embriones restantes, el Tribunal ordena que se proceda a la inmediata crioconservación o congelamiento de los mismos, prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción. Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial.

Estamos frente al primer caso autorizado por la justicia argentina de lo que se denomina “fecundación con fines terapéuticos para terceros”. Intentaremos en estas líneas demostrar su ilicitud.

2. Ilícitud de la Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET)²

¹ Fallo “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Expediente N° 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008.

² **Técnica de FIVET:** La técnica consiste en tomar un óvulo del ovario de la mujer, fecundarlo en una placa de Petri con espermatozoides de su esposo, e implantar el ser humano embrionario resultante en el útero de la mujer. Como en cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual resulta insuficiente para asegurar un rendimiento aceptable del procedimiento, se recurre a practicar una hiperestimulación hormonal del ovario de la mujer a fin de provocar la maduración simultánea de varios folículos ováricos. Se garantiza así la recogida de óvulos suficientes, y aun sobrados, para realizar la fivet. La hiperestimulación ovárica introduce circunstancias de notables repercusiones éticas: Los óvulos, que se recogen en número plural (lo ordinario es de seis a diez) son inmediatamente fecundados, pues son células de corta supervivencia. Como ni se pueden conservar vivos mucho tiempo ni resisten bien el proceso de conservarlos en estado de congelación para descongelarlos después, hay que fecundarlos pronto, con lo que se obtiene un elevado número de embriones. Como, una vez fecundados, no se puede transferir a la madre todos los embriones resultantes, por el peligro de producir un embarazo múltiple que difícilmente llegaría a término, se intenta conservar los embriones en estado de congelación para transferirlos en ciclos sucesivos (los embriones resisten mejor la congelación que los óvulos sin fecundar). En cada ciclo, se transfieren a la mujer unos pocos embriones, normalmente tres, para evitar el riesgo de embarazo múltiple que se seguiría en caso de transferir más. Si es posible, siempre se transfiere más de uno, para garantizar así la mayor tasa posible de éxitos. Tras la transferencia de algunos de los embriones producidos, quedan embriones "sobrantes", que, congelados, podrán emplearse para ulteriores transferencias: en caso de que falle la primera transferencia que se ha realizado o, si ha tenido éxito, tras nacer el niño fruto de la primera transferencia, se descongelan y se transfieren a la madre parte o todos los embriones disponibles. La técnica de la fivet está condicionada, desde el punto de vista de los padres, por su interés en tener un hijo, suyo y sin defectos. Por esta razón, la técnica arriba descrita se acompaña, de hecho, de otra serie de acciones: Se practica el control de calidad de los embriones, mediante el diagnóstico in vitro o preimplantatorio de los posibles defectos genéticos o "malformaciones bioquímicas" del embrión. Se destruye mediante lo que se podría llamar "aborto in vitro" a los embriones defectuosos. Cabe posteriormente eliminar, mediante el aborto eugenésico, a los fetos con malformaciones. Aunque no se dispone de información completa y suficiente, hay bases para sospechar que la incidencia de malformaciones congénitas es algo más elevada después de la fivet que en los embarazos ordinarios.

Antes de abordar el tema que nos ocupa, trataremos brevemente las principales razones por las cuales afirmamos la ilicitud de la FIVET desde un punto de vista moral y jurídico.

La reciente Instrucción *Dignitas Personae*³ de la Congregación para la Doctrina de la Fe establece:

"Con referencia al tratamiento contra la infertilidad, las nuevas técnicas médicas tienen que respetar tres bienes fundamentales:

a) el derecho a la vida y a la integridad física de cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural;"

Todo ser humano tiene derecho a la vida. La vida humana comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide (jurídicamente se denomina a ese momento "concepción"). Esto ha sido reafirmado en nuestro país por el fallo judicial "Portal de Belén"⁴. Es, por tanto, ilícito matar o poner en riesgo grave la vida de los embriones a raíz de la utilización de estas técnicas.

¿Por qué afirmamos que las técnicas de FIVET ponen en riesgo grave la vida de los embriones, o directamente provocan su muerte? *"La probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetida las veces que sean necesarias, es de un 20%. Por una pareja que tiene un hijo, cuatro viven el duelo de la pérdida de los embriones que le fueron transferidos. Por cada 24 embriones que se implantan se obtiene un niño vivo..."*⁵. Tales muertes no pueden asimilarse a la pérdida de embarazos naturales, pues en estos casos no hay intervención tecnológica que pueda hacerlas reprochables al hombre, como señala el Dr. Mariano Morelli⁶.

El III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999, habla de una pérdida de embriones del 89%⁷.

El organismo británico de control de la procreación artificial, el Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), presentó las estadísticas totales sobre esas prácticas en el Reino Unido, durante el período que va entre 1.991 y 2.006 ("A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006", del 11.7.07⁸). Estos son los resultados totales:

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%)

Dicho de modo sencillo, para que nazca un niño por estas técnicas de procreación artificial, es preciso matar algo más de diecinueve seres humanos, ya sea por aborto provocado, o por las fallas de las técnicas utilizadas.

Aún para los embriones "sobrevivientes" los riesgos no terminan allí: hay claras indicaciones en la literatura científica de aumentos significativos de las patologías genéticas y congénitas en los nacidos de fecundaciones artificiales, precisamente a causa de la concepción in vitro. Por ello es una práctica

Cfr. Herranz, Gonzalo. Informe sobre la FIVET. Facultades de Medicina, Ciencias y Farmacia. Universidad de Navarra. <http://www.unav.es/cdb/dhbgfhivet.html>

³ Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, N° 12. Instrucción Dignitas Personae sobre algunas cuestiones de Bioética. 12 de diciembre de 2008.

⁴ *"El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario..."* (Cons. 4°)

En el Cons. 12° estableció que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

Cfr. "Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo" CSJN 05.03.02

⁵ NAVARRO DEL VALLE HERMES. *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro*. Editorial Promesa, San José de Costa Rica, 2.001.

⁶ MORELLI Mariano, BOLETIN BIODERECHO VI, El Derecho.

⁷ Cfr. K.G. Nygren-A.N. Andersen, *Assisted reproductive technology in Europe (1999)*, in *Human Reprod*, 2002, 17, 3270-3274, citado en la Intervención de la Dra. CLAUDIA NAVARINI, docente de la Facultad de Bioética del Ateneo Pontificio Regina Apostolorum. Publicada en la página web de Zenit el 10/04/2005, Códice: ZI05041020 <http://www.zenit.org/italian/>

⁸ Human Fertilisation Embryology Authority <http://www.hfea.gov.uk/>

habitual en los Centros de Fertilización que entre las 14 y 19 semanas se realice un diagnóstico prenatal y, si existe una probabilidad de malformación, se provoque el aborto⁹.

En consecuencia, afirmamos la ilicitud de la FIVET por no respetar el derecho a la vida e integridad de los embriones.

Continúa la Instrucción Dignitas Personae recordando otro bien fundamental que los tratamientos médicos contra la infertilidad deben respetar: "*b) la unidad del matrimonio, que implica el respeto recíproco del derecho de los cónyuges a convertirse en padre y madre solamente el uno a través del otro;*"

El derecho de los cónyuges a convertirse en padre y madre **sólo** el uno a través del otro no debe confundirse con el inexistente derecho de los padres a concebir un hijo. "*Se pretende justificar la fecundación artificial, basándola en el supuesto derecho de los padres a engendrar. No hay tal derecho. Es sólo un interés legítimo de los padres... Los esposos tienen **derecho al acto conyugal**, para lo que se obligan mutuamente al débito; pero nadie les asegura la fecundidad de dichos actos. Un interés legítimo no puede erigirse en derecho. Y mucho menos, en un supuesto derecho que viole la intangibilidad de la vida de muchos seres humanos inocentes. No hay conflicto de derechos; sencillamente, los cónyuges no tienen derecho a acudir a técnicas que "fabriquen" seres humanos*".¹⁰

Respecto del presunto "derecho al Hijo", el Dr. Quintana denuncia que se lo confunde con la "libertad de engendrar o procrear" y por tanto, el consiguiente derecho personal a no sufrir una interferencia injusta siempre y cuando se den determinadas condiciones, entre ellas, que tratándose de la procreación natural otra persona de sexo opuesto y en condiciones de engendrar, esté dispuesta a compartir tales deseos. Por tanto nadie tiene derecho a exigir la intervención de un equipo médico que sustituya mediante la técnica el acto conyugal.

El hijo no es una "cosa", porque la persona es un fin en si misma, es "sujeto" de derecho y nunca un objeto ni un medio. No existe ningún derecho "sobre" las personas; los derechos se ejercen sobre las cosas pero "en relación" a las personas. Jurídicamente, siempre el sentido de la relación paterno-filial es el bien del hijo, sin perjuicio que establecida normalmente, sea a su vez el bien de los padres. Lamentablemente, los derechos humanos de los hijos fundados en la más simple evidencia del orden natural, han sido avasallados por las técnicas de la fecundación artificial. Una interesante investigación llevada a cabo en base a encuestas realizadas a genetistas de dieciocho naciones, ha demostrado las infundadas y excesivas facultades que pretenden poseer los futuros padres que recurren a este tipo de técnicas. En sus conclusiones se resalta la importancia que los genetistas otorgan a la autonomía del paciente, destacándose que -según la óptica de estos profesionales-, ni el bienestar del niño ni el del feto tienen real significación cuando entra en conflicto con el de los progenitores. Por lo tanto, desde estas perspectivas, el "paciente" es el padre, quien decide respecto a su eventual hijo.¹¹

El tercer requisito que establece la Instrucción Dignitas Personae para los tratamientos médicos de infertilidad es el respeto de: "*c) los valores específicamente humanos de la sexualidad, que exigen que la procreación de la persona humana sea querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos*"¹².

Fecundación, explica Mons Sgreccia, 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 biomédica y técnica no puede ser valorado lo mismo 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.

⁹ NAVARRO DEL VALLE HERMES, op. cit.

¹⁰ De la Presentación de JORGE SCALA al libro de NAVARRO DEL VALLE HERMES. *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro*. Editorial Promesa. Temas de actualidad N° 5.

¹¹ Cfr. QUINTANA, Eduardo Martín. *La fecundación artificial y el lenguaje jurídico*. Publicado en la revista "LATRIA" n°183 año 2002, del Consorcio de Médicos Católicos.

¹²Instrucción Dignitas personae de la Congregación para la Doctrina de la Fe. 12 de diciembre de 2008

La fecundación o procreación humana es un acto personal del matrimonio y da como resultado un individuo humano. Este hecho involucra a la responsabilidad de los cónyuges, a la estructura misma de la vida conyugal, así como al destino de la persona que es llamada a la existencia.

¿Hasta qué punto el acto médico —la intervención del médico o del biólogo— tiene un carácter terapéutico, y hasta qué punto se convierte en un acto sustitutivo y de manipulación? Curar significa eliminar obstáculos, ayudar a los procesos; no quiere decir sustituir la responsabilidad de las personas, en este caso de la pareja, en lo que es propio de ella, exclusivo e inalienable.

Por esta razón, y a partir del conocimiento de las posibilidades que la ciencia y la técnica ofrecen, debemos preguntarnos hasta qué punto la fecundación artificial in útero o in vitro entra en la actividad lícita del biólogo o del médico. Esto implica una referencia central a los valores humanos — la persona del ser naciente, la naturaleza del matrimonio— en cuestión. La intención de curar una esterilidad no justifica el recurrir a cualquier medio o a cualquier proceso posible para lograr la concepción¹³. En efecto, *“sucede a veces... que la intervención médica sustituye técnicamente al acto conyugal, para obtener una procreación que no es ni su resultado ni su fruto: en este caso el acto médico no está, como debería, al servicio de la unión conyugal, sino que se apropia de la función procreadora y contradice de ese modo la dignidad y los derechos inalienables de los esposos y de quien ha de nacer”*.¹⁴

Por ello, *“la fecundación artificial... sigue consistiendo para el hombre en una **modalidad intrínsecamente injusta para engendrar hijos**, una forma de experimentación en el campo reproductivo que tiende a negar la profundidad y el sentido de la procreación, un enésimo atentado a la salud de la familia, origen y fundamento de la vida social”*, en primer lugar por la **“desnaturalización” de la conyugalidad**.

Aunque se pudiese evitar la pérdida de embriones en el proceso de fecundación asistida, el modo *artificial* de la concepción sigue siendo indigno de un ser humano, que tiene derecho a nacer de un *verdadero* acto de donación recíproca de sus progenitores. Asimismo la concepción artificial es indigna del amor conyugal desde el momento que la concepción del hijo es ajena a la unión de los esposos, que se convierten, de este modo, en simples “proveedores” de gametos. En efecto, el acto fecundante, en la tecnología reproductiva, es el del técnico de laboratorio que “espía” las células dentro de la probeta para ver si ha tenido éxito al “crear” un embrión.¹⁵

2.1 Conclusión: ilicitud de la FIVET

*“El deseo de un hijo por parte de un matrimonio es ciertamente algo muy bueno. Sin embargo, no todo medio capaz de realizar tal deseo es bueno, y en particular no lo es un medio que de hecho, aunque no en la intención, reduce al hijo a un simple objeto de tal deseo, pretendiendo tener un derecho a ello y buscándolo a cualquier costo”*¹⁶.

Por lo tanto, si no resulta una manera humana de procrear, el derecho positivo deberá, en protección de *la moral pública*, prohibir manifestaciones externas de la práctica. Pero además, deberá prohibir las prácticas mismas por las injusticias a las que dan lugar: a) respecto del concebido, al someter el proceso que le da origen a semejante dominio de otro ser humano capaz de controlarlo, *como si se tratara de un objeto* fabricado más que de un don gratuitamente acogido; y b) respecto de cada uno de los esposos recíprocamente y frente al ser humano concebido, dado que será, no ya los padres, sino un tercero, el que le da origen. El concebido verá disuelto su vínculo paterno entre diversos “agentes” que lo han procreado. Y los miembros de la pareja, al consentir en la práctica, disolverán para sí mismos y recíprocamente su condición de progenitores de aquél. Atentado más grave aún si están casados, pues consienten una indebida intervención de un tercero en algo en lo que deben exclusividad a su cónyuge como es el ejercicio de una de las dimensiones de la sexualidad cual es la procreativa. El hecho de que

¹³ Cfr. SGRECCIA, ELIO, *Manual de bioética*, Ed. Diana, México 1994.

¹⁴ **INSTRUCCIÓN DONUM VITÆ de la CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. 27 de febrero de 1987.**

¹⁵ Cfr. Intervención de la Dra. CLAUDIA NAVARINI, docente de la Facultad de Bioética del Ateneo Pontificio *Regina Apostolorum*. Publicada en la página web de Zenit el 10/04/2005, Códice: ZI05041020 <http://www.zenit.org/italian/>

¹⁶ CLAUDIA NAVARINI, *Op. cit.*

de otro modo ese ser no existiría no suprime la injusticia del modo en que se lo trae al mundo, injusticia que se configura, obviamente, cuando es concebido (no se puede cometer injusticia respecto de quien todavía no existe).¹⁷

3. Ilícitud de la FIVET con fines terapéuticos para terceros

3.1 Fundamentos de la ilícitud de la FIVET con fines terapéuticos para terceros

Toda vida humana es digna. Digno es lo que tiene valor por sí mismo. Por lo tanto no puede ser instrumentalizado, utilizado como un “medio para...”, aunque su finalidad sea curar a un familiar (en el caso analizado, su hermano). Es lo que expresa el conocido -pero escasamente puesto en práctica- aforismo: El fin no justifica los medios.

Enseña el Dr Soto Kloss que cuando se usa la palabra *dignidad* se indica cierto rasgo, característica o atributo de la persona que la hace distinta de otros seres de la creación. *Dignidad* significa bondad en sí mismo, en cambio utilidad significa bondad para otra cosa que uno mismo (Santo Tomás de Aquino en sus Comentarios a los libros de sentencias de Pedro Lombardo, III, d. 35, q. 1 a 4 sol 1: “*Dignitas significat bonitatem alicuius propter seipsum, utilitas vero Propter aliud*”).

Esa dignidad no es superioridad de un hombre sobre otro hombre, de una persona sobre otra; todas deben ser tratadas y respetadas como tal, y deben actuar como seres racionales y libres que son; pretender desconocer esta su naturaleza es desconocer esta superioridad y tratarlos como objeto, como cosa, como si fueran irracionales.

El estatuto ontológico, metafísico, de la persona humana tiene una calidad o carácter intrínseco que trasciende lo meramente natural y todo lo que no es humano (racional, libre) en el orden terrenal; y ese carácter, esa dignidad, esa superioridad sobre todo lo creado no humano es su trascendencia: es el fin para el cual ha sido creada. No hay fundamentación más segura e incommovible de la dignidad de la persona –que jamás darán ni el azar ni el voluntarismo del legislador- que aquella que resulta de la propia verdad del hombre, de su propia estructura ontológica. La dignidad del hombre arranca, al decir de Soto Kloss, de la finalidad de éste, que es elevarse al conocimiento de su Creador, y conociéndole amarle, y amándole servirle en sus semejantes que son iconos de Dios.

Por tanto el verdadero fundamento de la dignidad de la persona humana se encuentra en ser ésta “creatura de Dios”, “hecha a su imagen”. No es la persona humana una imagen inerte, sino para que obre a semejanza del Creador.

El hombre supera a todas las demás creaturas en la perfección de su naturaleza y en la dignidad de sus fines, de allí que el Doctor Angélico afirme que “la persona es lo más perfecto en toda la naturaleza” (Suma Teológica, I 29,3 “Persona significat quod est perfectissimum in tota natura”)¹⁸.

Por eso la dignidad humana ha sido constitucionalizada en Argentina a través de los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional¹⁹.

¹⁷ Cfr. MORELLI, Mariano. BOLETIN BIODERECHO VI. El Derecho.

¹⁸ Cfr. Soto Kloss, Eduardo. Apéndice 2: La dignidad de la persona humana: noción y fundamentos. Derecho administrativo, t. 1. 1996. Págs. 72-79.

¹⁹ La dignidad es el fundamento de los derechos esenciales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, cons. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo, párr. 2º), iguales e inalienables de la persona humana (Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 2º; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, Cons. 2º).

El reconocimiento de aquella constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo (Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo 1º; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párrafo 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 1; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas... Cons 1).

Todos los hombres nacen iguales en dignidad (Declaración Americana... Preámbulo, párr 1 y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1) y toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, inc. 1).

La dignidad se identifica con la vocación de trascendencia del hombre: “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.”

3.2 Fallo “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”

Analizaremos el presente caso, cuyos hechos se sintetizaron en la introducción de este trabajo, en especial los argumentos que utilizó el vocal de Cámara Dr Tazza para fundar la orden de cobertura de las técnicas de fertilización in vitro con fines terapéuticos para terceros.

En primer lugar cabe destacar que el procedimiento autorizado por la Cámara necesariamente descarta embriones: enfermos e incluso sanos -por no ser histocompatibles con el niño nacido que padece la enfermedad-. La posibilidad de que dos hermanos resulten histoidénticos es de alrededor del 20-25%²⁰. Puede imaginarse entonces la cantidad de embriones que se desecharán hasta encontrarse uno histocompatible. Y este descarte de embriones es una consecuencia directa de la sentencia dictada por la Cámara.

No niega el camarista que el descarte de embriones vaya a producirse. *“En tal sentido, el ya referido informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P. alertó sobre la cuestión –afirma el Dr Tazza-, pero no por ello descartó la procedencia del reclamo del amparista ni desaconsejó el tratamiento en cuestión”*.

Nos preguntamos de qué sirve “alertar” sobre un problema posible y luego aconsejar que se pongan los medios para que ese problema se origine.

El Dr. Tazza se refiere a los embriones no histocompatibles, calificándolos de “restantes”: *“Una sugerencia bioética es que tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables **embriones restantes**, debe asegurarse el **respeto hacia sus Derechos Humanos**”* (El resaltado es nuestro).

Algo **restante** es algo sobrante, innecesario, un residuo, un resto, un desecho. Nos parece una terminología inadecuada y que no se condice con el “respeto hacia sus derechos humanos”, su “dignidad” e incluso el propugnado “derecho de los embriones”, afirmados por el Dr. Tazza en otros párrafos de su voto.

Como es de esperar, el camarista prevé la controversia que el fallo suscitará en diversos ámbitos, razón por la cual intenta fundar su resuelto en normas internacionales. Sostiene el Dr. Tazza: *“ante la existencia de controversia científica sobre la conveniencia del tratamiento... es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N.)”*.

Si se lee íntegramente el voto, se aprecian serias contradicciones en las afirmaciones del Dr. Tazza. El camarista sostiene por una parte que con la concepción se inicia la existencia de la persona humana (la misma Convención que cita avalando su fallo considera que es niño todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años de edad), y por otra parte habla de la posible existencia de embriones sobrantes... ¿cómo puede afirmar que su voto se funda en el interés superior del niño? ¿A qué niño se refiere? ¿Al niño nacido que padece una enfermedad o a los niños-medicamento que se producirán y descartarán para intentar curarlo?

Las contradicciones continúan... *“No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de **instrumentalización de la persona humana** apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y **compartiendo desde un principio aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso particular existen aristas especiales que***

(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

También tutelan estos tratados la dignidad humana en los diversos ámbitos en que se desenvuelve la vida en sociedad.

²⁰ Cfr. Gluckman E, Devergie A, Thierry D, Esperou-Bourdeau H, Traineau R, Gerrota J, et al. Clinical applications of stem cell transfusion from cord blood and rationales for cord blood banking. Bone Marrow Transplant 1992; 9 (Suppl 1): 114-7. Cit por Cecilia Gamba, María Angélica Marcos, Hugo Trevani, Juan Van der Velde, Cintia Yanina Marcos, Graciela Theiler³, Jorge Rossi, Marta Zelasko, Leonardo Fainboim, Ana Emilia del Pozo. [Banco Público de Sangre de Cordon Umbilical: etapa inicial del Programa No Relacionado en Argentina](http://www.banco-publico-de-sangre-de-cordon-umbilical-etapa-inicial-del-programa-no-relacionado-en-argentina). www.scielo.org.ar/pdf/abcl/v40n4/v40n4a09.pdf

aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte de los demandados... En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos” (del voto del Dr. Tazza).

Cabe aclarar que no todo lo técnicamente posible (“única forma posible”, afirma el camarista) **lo es desde un punto de vista ético y jurídico.**

Afirma el Dr. Tazza que estas prácticas implican la instrumentalización de los embriones, pero las autoriza en el caso concreto ¿Acaso las personas son instrumentalizables, según las circunstancias del caso? Recordemos que la moralidad de un acto se da por la confluencia de tres elementos: objeto, fin y circunstancias.

De más está reiterar que nuestro derecho no hace acepción de personas, distinguiendo entre nacidos y no nacidos, y permitiendo la instrumentalización de unos respecto de otros. Por esto, la sentencia no se ajusta al derecho natural ni al derecho civil y constitucional argentinos.

Para decidir el destino que habrá que otorgarles a aquellos embriones supernumerarios o no transferidos resultantes de esta práctica, el Dr. Tazza establece en primer lugar la condición jurídica de “estas formas de vida”, y pretende asignarles –frente a un pretendido vacío legislativo que no es tal- un status que sea acorde con ello.

Luego de un análisis de la normativa y jurisprudencia argentinas, concluye lo que nadie con sentido común niega: *“indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos”*.

Después de estas afirmaciones verdaderas, concluye falsamente: *“no cabe duda alguna que el embrión –como tal- debe considerarse en términos de ser humano aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico de todo un proceso en desarrollo”* (el resaltado es nuestro). ¿De qué premisa se vale para sacar tal conclusión? Idas y venidas en la argumentación. Silogismos a los que faltan premisas. “Sí, pero...”.

Continuamos leyendo el voto: *“los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas... permitir el “descarte” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “utilización en el campo experimental” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana”*. De aquí concluye que *“necesariamente debe existir un “derecho del embrión”*.

¿Cómo se armoniza esto con lo que afirmó unos párrafos antes: *“indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos”*? Si es persona -sujeto de derechos-, ¿por qué debe tener un status jurídico especial, un “derecho del embrión”. Sólo se justificaría para **augmentar** su protección legal, dada su fragilidad y riesgo de pérdida de su vida, y no para hacer su **protección menos intensa**, como aspira el Dr Tazza.

Y vuelve a concluir sin seguir la lógica de sus premisas, que *“no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección, que la técnica de la crioconservación de aquellos embriones que pudieran resultar sobrantes o “supernumerarios”, por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de vida”*.

Nos preguntamos sinceramente si la crioconservación –a la cual considera un complemento material para garantizar que los embriones eventualmente sobrantes, puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia- está destinada a la protección de los embriones o más bien a tranquilizar y adormecer las conciencias... No es lo mismo seleccionar, matar, descartar, que “congelar” y pasarle el problema a otro.

El Dr. Hernández señala con realismo que “si se cumple el mandato o la expresión de deseos de la Cámara, serán enfriados para parar el proceso y serán depositados hasta que se encuentre un destino mejor que la heladera. Dije “si se cumple el mandato de la Cámara” porque, conociendo la carencia de fondos para destinos que no dan votos ni tienen detrás un interés que movilice, conociendo los

cortes de energía que sobrevienen a menudo y que el personal de los juzgados federales probablemente advierta mucho tiempo después, conociendo la burocracia judicial y lo que son los depósitos de cosas secuestradas en aquéllos, conociendo la falta de piel en el aprecio a la vida humana en la actual cultura abortista, máxime ante el acostumbramiento de ver todos los días esas cosas que no son cosas o el lugar en que están reservadas, pienso que acabo de enumerar sólo *algunos de los previsibles obstáculos que los chiquitos congelados tendrán para sobrevivir*. A lo que se sumará la falta de unidad de conducción: el expediente, si se apela, irá a Corte; para la ejecución de sentencia, a primera instancia; pero “la idea” surgió en la Cámara; cuando la sentencia quede firme quizá los elencos tribunales estén cambiados..., y tal vez los chicos congelados queden depositados en otra ciudad, en una clínica especializada que no sabemos con qué criterios bioéticos se maneja...

Y también escribí “*o expresión de deseos de la Cámara*” porque en el fallo se lee que como no se pueden imponer al Estado los gastos de crioconservación ya que no ha sido demandado, sí se impone carga a la Defensa Pública Oficial (que tampoco ha sido demandada y de la cual los jueces no son autoridad jerárquica), la de conjuntamente con el tutor de los chicos “sobrantes” que se designe, ir a gestionar la cobertura de los gastos ante las autoridades. Orden cuestionable por un lado, que mi experiencia de hacer cumplir medidas judiciales al Estado y comunicarse con el mismo me hacen maliciar de muy difícil éxito, pero de la cual es fácil curarse en salud enviando una respectiva nota con un puntual certificado de cumplido y normal aviso de retorno y que previsiblemente quedará jurídica, pulcra y debidamente encarpetada...”²¹

Continúa el Dr. Tazza afirmando: “*lamentablemente –por el momento- no son muchas las alternativas que pueden asignarse a los embriones supernumerarios que son empleados en la especie para el objetivo emprendido*”.

En efecto, no son muchas las alternativas. La alternativa es única, jurídica y clara: no autorizar las técnicas en el caso planteado para que no haya embriones implantables y sobrantes, sujetos a una crioconservación indefinida.

Respecto de la crioconservación indefinida, implica condenar a los embriones a interrumpir bruscamente su desarrollo (es decir, detener o paralizar el proceso biológico natural al que tiene derecho todo ser humano vivo) y a permanecer a 196 grados centígrados bajo cero, en un hábitat no acorde a la dignidad de la vida incipiente de un individuo humano. Comporta un “proceso de muerte” -que no es en beneficio del embrión-, por lo cual no se cumpliría el requisito de atender fundamentalmente “el interés superior del niño”, ya que mantener al embrión en ese estado sin opción de futuro es continuar y abonar un medio no natural, desproporcionado, indigno, que únicamente alarga artificialmente la fase final de la vida en situación irreversible. En efecto, la congelación indefinida conducirá probablemente a la muerte tras años de congelación. La crioconservación indefinida es el aplazamiento deliberado de la muerte, por meses o años, en condiciones inhumanas.

Según el Dr. Zurriarán, la congelación de embriones supone exponerles a graves riesgos de muerte o daño, privarles de la acogida materna y dejarles en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones.²²

Pero el rechazo a la criocongelación de embriones humanos radica principalmente en lo que significa en sí misma como acto moral: congelar a un ser humano al inicio de su vida es un acto intrínsecamente injusto porque supone la interrupción violenta de un proceso de desarrollo vital que el propio embrión humano dirige.

4. Conclusión: la instrumentalización de los niños-medicamento

No sin razón, reflexionaba la corresponsal en España del diario *La Nación*, respecto de la autorización en la legislación española²³ de la fecundación “con fines terapéuticos para terceros”, que “*lo que traes al mundo es un medicamento y no un hijo*”²⁴. Un **niño-medicamento**, cuyo destino viene así prefijado por sus padres: ser una “cosa” que “sirva para curar o aliviar” la enfermedad de su hermano, o sus secuelas.

²¹ Hernández, Hector. *La Capital*, de Mar del Plata el 5-II-2009, p. 16

²² Cfr. Zurriarán, Roberto Germán. Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2007. Pág. 299.

²³ Ley de Reproducción Asistida N° 14/2006 y modif.

²⁴ www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota_id=781407

Resulta sorprendente leer en el fallo que *“En cuanto a la negativa de la cobertura de las prestadoras que surgen del expediente (...) consideramos que la salud es un derecho y un bien primario que le asiste a todo ser humano y que no puede ser tratado como una **mercancía** de costo-beneficio económico”*.

¡Precisamente como una mercancía se trata a los embriones a producir in vitro! Por ello califica a los hermanos de este embrión-medicamento como embriones “restantes”... Ese niño-medicamento es, al igual que todo niño, un ser humano y como tal, única criatura que **Dios ha querido para sí mismo, es fin en sí, y no puede ser tratado como medio para alcanzar ningún otro fin, por muy noble que pueda parecer.**

“Embriones sobrantes”, “selección de embriones”, “material de investigación”, “descarte de embriones”, “niños-medicamento”... La terminología resulta repugnante. ¡Qué lejos se está de la verdad!

En el Plan de Dios ningún ser humano es “descartable” cual envase de gaseosas, ¡todos tenemos derecho a nacer con dignidad!, ninguno sobra, ¡todos somos necesarios!, ninguno nace con un destino social fijado de antemano por otro ser humano, ¡todos somos libres!

En la homilía de inicio de su Pontificado, S.S. Benedicto XVI proclamó: “Cada uno de nosotros es el fruto de un pensamiento de Dios. Cada uno de nosotros es querido, cada uno es amado, cada uno es necesario”²⁵.

²⁵ Pronunciada el 24 de abril de 2005.