

**Proyecciones del artículo 19 sobre el diagnóstico genético preimplantatorio y la eugenesia,
Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho Familia 65/-3**

RESUMEN

Entre las numerosas proyecciones del nuevo art. 19 del cód. civil y comercial se encuentra su decisiva importancia ante la técnica conocida como "diagnóstico genético preimplantatorio" (DGP). El autor analiza las características que hoy presenta el DGP y cuáles son las consecuencias que tiene el reconocer al ser humano como persona o no ante las finalidades con las que se pretende utilizar la técnica. Al respecto, sostiene que desconocer al embrión como persona y admitir el DGP supone generar las condiciones jurídicas para una selección eugenésica de la descendencia, de graves consecuencias sociales y con respecto al bien común.

ABSTRACT

Among the many projections of art. 19 of the cod. civil y comercial, we find its decisive importance to the technique known as "preimplantation genetic diagnosis" (PGD). The author analyzes the features of PGD today, as well as the consequences of recognizing the human being as a person or not to the purposes for which the technique is intended. In this regard, he states that ignoring the human person status of the embryo and admitting PGD involves generating the legal conditions for a eugenic selection of offspring, which would carry serious consequences for society and for the common good.

1. Planteo del tema

A menudo, la discusión en torno al comienzo de la existencia de la persona humana, y en particular del estatuto jurídico del embrión, se concentra en la temática de la pretensión de las personas con infertilidad a acceder a técnicas de fecundación extracorpóreas. Sin embargo, a poco

que se analiza más detenidamente el tema se advierte que el inicio de la vida tiene incidencia sobre otras situaciones y que existen fuertes intereses que pretenden manipular al ser humano en estado embrionario, por sus únicas características vitales.

Entre las numerosas proyecciones del nuevo art. 19 del cód. civil y comercial (Ley 26.994), se encuentra su decisiva importancia ante la técnica conocida como "diagnóstico genético preimplantatorio" (en adelante, DGP).

Nos hemos referido al problema del DGP en otras ocasiones(1). En esta contribución nos proponemos considerar cuáles son las consecuencias que tiene el reconocer al ser humano como persona o no de cara a las finalidades con las que se pretende utilizar el DGP. Al respecto, sostenemos que desconocer al embrión como persona y admitir el DGP supone generar las condiciones jurídicas para una selección eugenésica de la descendencia, de graves consecuencias sociales y con respecto al bien común.

Nuestro trabajo presentará inicialmente las características que hoy presenta el DGP, con sus finalidades y su impronta eugenésica, y luego considerará las consecuencias que tiene reconocer o no al embrión como persona en relación a esta técnica de diagnóstico temprano.

2. El diagnóstico genético preimplantatorio y sus finalidades

El DGP es un estudio genético que se realiza sobre un embrión concebido extracorpóreamente ("in vitro") antes de su transferencia al seno materno, y que consiste en "remover una célula (o células) de cada embrión de una cohorte concebida in vitro para realizar un estudio diagnóstico genético, y luego transferir hasta tres de los embriones que no estén afectados con la esperanza de establecer un embarazo"(2).

Entre sus características podemos mencionar:

i) Se realiza siempre en el marco de técnicas de fecundación humana artificial extracorpóreas, a requerimiento tanto de personas infértiles como fértiles.

ii) Se ordena a la selección genética de los embriones humanos según ciertos criterios fijados de antemano, que no sólo se vinculan con la salud, sino que pueden estar en función de la determinación del sexo o de otras características del hijo.

iii) Requiere un alto número de embriones, concebidos extracorpóreamente para aumentar el número de "personas diagnosticadas", y así favorecer mejores resultados en la selección.

iv) Conlleva la no transferencia de los embriones considerados "no aptos", que generalmente son descartados.

v) Permite obtener la información genética del embrión que lo acompañará toda la vida, lo que puede resultar en una posible afectación de su privacidad o confidencialidad por los posibles usos de tal información.

En cuanto a las finalidades para las que se quiere recurrir al DGP(3):

a) La selección de un embrión (o eventualmente de embriones) humanos de un sexo determinado para evitar gestar un hijo con una enfermedad ligada al sexo(4).

b) Detectar enfermedades graves en los embriones humanos y descartar los embriones con tales diagnósticos(5).

c) Mejorar las tasas de éxito de la FIV. Vale aclarar que esta pretendida mejora en las tasas de éxito depende de las tasas y los criterios de medición que se adopten, y que todavía se desconoce la real incidencia del diagnóstico preimplantatorio en esas tasas(6).

d) Seleccionar un bebé con características genéticas deseadas, ya sea por medio del descarte de los "no deseados", como de la elección de los que reúnen alguna característica buscada.

e) Seleccionar un bebé para que sea dador de órganos o tejidos para un hermano o pariente vivo (bebé-medicamento). El DGP permitiría elegir un embrión compatible genéticamente con otras personas vivas y de esta forma obtener células madre de su cordón umbilical o de su médula ósea en el futuro. Esta persona viene a la existencia no querida "por sí misma", sino condicionada a la potencial ayuda que pueda brindar a un hermano u otra persona.

f) Confirmar la identidad de la persona que aportó los gametos(7).

Se advierte que el DGP, asociado con técnicas de selección de gametos en la fecundación humana artificial, posibilita cada vez más una fijación de las características del hijo, y convierte a la transmisión de la vida en un procedimiento técnico, dominado por una lógica productiva.

3. El comienzo de la existencia de la persona humana y el DGP

El art. 19 del cód. civil y comercial finalmente sancionado dispone:

"Artículo 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

Este artículo fue eje de una de las principales controversias durante todo el proceso de redacción y discusión del nuevo Código Civil. Al respecto existe amplio acuerdo, desde la primera redacción hasta el final, en cuanto a mantener la tradición jurídica argentina, que dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, y por tanto que reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como "persona por nacer". La discusión se planteó, ya desde el inicio del proceso de reforma, en torno a la situación de los embriones humanos no implantados concebidos por técnicas de fecundación artificial. La redacción inicial –que incluía dos momentos diferenciados para el inicio de la vida, y consideraba que el embrión no implantado no era persona– fue finalmente reemplazada por un texto unificado, que considera que la existencia de la persona humana comienza en la concepción. Consecuentemente, de la inicial propuesta de dos momentos

de inicio de la vida, hemos pasado a un único momento.

Sin embargo, la polémica continuó, porque existe una discusión en torno a qué alcance tiene el término "concepción" (8). Al respecto, constatamos la presencia de dos posturas sobre el particular: la primera sostiene que la concepción se produce en la fecundación; la segunda considera que la concepción ocurre en la implantación. Entendemos que la primera postura es la más consistente con una interpretación razonada del derecho vigente y con los principios fundamentales que surgen del derecho internacional de los derechos humanos.

En el plano jurisprudencial, se han pronunciado a favor de la postura que sostiene que la concepción se debe entender como fecundación la Cámara Federal de Salta y la Suprema Corte de Justicia de Mendoza(9). Igualmente, también son numerosos los autores que se pronuncian a favor de tal postura(10).

Por su parte, la postura que identifica "concepción" con "implantación" reconoce su antecedente más relevante en la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012. Se han formulado distintas críticas a esta sentencia de la Corte Interamericana(11). Además, en los trabajos mencionados hemos procurado explicar por qué motivos esta no resulta aplicable al caso argentino y a la interpretación del art. 19 del nuevo cód. civil y comercial. A ellos nos remitimos, resaltando que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de considerar la aplicación de este fallo de la Corte Interamericana en la Argentina, y decidió omitir toda referencia a esa sentencia, a pesar de que había sido tratada tanto en la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza que había sido apelada como en el dictamen de la Procuración(12).

En estos desarrollos resulta de gran importancia la disposición del art. 57, pues se refiere al embrión humano en el contexto de los derechos personalísimos, lo trata como una persona humana más y señala la prohibición de su manipulación genética. Este texto no resultaría comprensible si el embrión humano fuera un simple material biológico más, a merced de las decisiones del poder biotecnológico.

A la luz de los desarrollos formulados, se pueden comprender las notables consecuencias que tiene reconocer o negar personalidad al embrión humano ante los usos del DGP.

Si el embrión humano no es persona, entonces se debilitan las razones para su protección y para

evitar su descarte. Si admitimos su descarte, permitimos que se puedan seleccionar los embriones según características genéticas deseadas, que se puedan descartar los que no estén sanos, o los que sean de un sexo determinado no buscado, o bien que no reúnan alguna característica deseada por los requirentes de la técnica. Si el embrión humano no es persona, entonces se pretenderá considerarlo mero material biológico disponible, manipulable y descartable sin más límite que el que señalan las posibilidades técnicas de diagnosticar enfermedades. Así, con la vertiginosa carrera que se ha lanzado para identificar y conocer el funcionamiento con precisión de toda la secuencia del genoma de un ser humano, el DGP se convertiría en el más precoz y eficiente control de calidad y selección de seres humanos que se pueda imaginar. El DGP es una de las herramientas más eficaces de una nueva eugenesia, es decir, un nuevo movimiento para la purificación de la raza humana.

La preocupación por la eugenesia ha resurgido por las técnicas de fecundación artificial, y sobre todo por la manipulación genética y el DGP. El término "eugenesia" fue acuñado en 1883 por Francis Galton –primo de Darwin– para designar "la ciencia que trata sobre las influencias que mejoran las cualidades de nacimiento de una raza y también sobre aquellas que las desarrollan hasta sus mejores ventajas"(13). Luego del descubrimiento de la secuencia completa del genoma humano, y con las nuevas posibilidades biotecnológicas de diagnóstico, aparece una nueva eugenesia, que se suele denominar "liberal", porque surge de las opciones concretas de miles de personas que utilizan las biotecnologías reproductivas para moldear las características genéticas de su descendencia.

Esta eugenesia se expande gracias a una serie de condiciones y presupuestos jurídicos que operan tanto como facilitadores de la selección genética (como sostener que el embrión no es persona), como mecanismos de presión. La presión se ejerce hacia los médicos, por la amenaza de acciones judiciales por daños y perjuicios si no se ofreció el recurso al DGP para garantizar que sus hijos no tuvieran enfermedades consideradas indeseables por la sociedad. La presión también llega desde las instituciones que brindan cobertura de salud, con la pretensión de excluir a los hijos que hubieran nacido con alguna enfermedad que era "prevenible" a través del DGP. Todo ello configura una inadmisibles presión hacia los padres, que ven afectada su libertad de procreación(14).

En cambio, si el embrión humano es persona, se debe considerar prohibido el DGP, pues no es admisible bajo el principio de igualdad seleccionar personas humanas, descartar a las enfermas, elegir las características de un hijo, o convertir a un hijo en un mero dador de órganos o tejidos. El DGP vulnera tanto el derecho a la vida de los embriones descartados o descartables como el derecho a la igualdad y la no discriminación.

Las perspectivas eugenésicas a las que hemos hecho referencia, y que se expanden cuando se considera al embrión humano como mero material biológico y al acceso a las técnicas como parte de la pura autonomía personal o privacidad, suponen la alteración de bienes fundamentales en términos de igualdad, dignidad y bien común, que justifican una respuesta jurídica restrictiva e

incluso prohibitiva de las conductas más graves. Pero en este breve trabajo queremos llamar la atención sobre el problema del inicio de la vida y cómo incide en las perspectivas eugenésicas del DGP.

4. Conclusión

Cuando se discute sobre el comienzo de la vida humana en nuestros días se corre un serio riesgo: la discusión sobre las técnicas reproductivas puede ocultar consecuencias muy serias y de gran impacto social, inherentes a las posturas que sostienen que el embrión humano no sería persona. Creemos que en nuestro país ha ocurrido algo así. El debate del art. 19 del cód. civil y comercial se ha focalizado tanto en las técnicas extracorpóreas que ha impedido reflexionar más serenamente sobre lo que significa sostener que un embrión no sea persona. Más allá de las intenciones por las que se produjo esa falta de debate, hay que plantear que existe un poder biotecnológico que pretende convertir la vida humana en material disponible y operable según las reglas del consumo, y bajo la ilusión de un determinismo genético. El DGP, en tal marco, permite una selección cada vez más temprana y precisa de las características genéticas de los seres humanos, y es un instrumento que facilita a ese poder biotecnológico la consecución de sus fines.

Ciertamente, existen muchas razones para poner límites jurídicos fuertes a las tendencias eugenésicas inherentes al DGP y a la manipulación embrionaria. Como ya hemos dicho, sostenemos que el DGP debe considerarse como una técnica de discriminación que no es admisible jurídicamente. Pero la más importante y decisiva cuestión jurídica a resolver es la de la personalidad del embrión humano, pues ese embrión no es parte de la madre o del padre que proveyeron los gametos, sino que ya constituye un individuo distinto, con su propia información genética y con toda la dignidad de la especie humana.

Como hemos dicho en otras ocasiones, la increíble capacidad del hombre de penetrar los secretos de la vida biológica tiene que ir acompañada de una proporcionada capacidad de reconocer la inalienable e inviolable dignidad de cada ser humano, desde el primer momento de su existencia en la fecundación, y que su existencia es el fruto de una gratuidad y no puede ser objeto de manipulación ni quedar sometida a una lógica de producción o selección.

VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - MENORES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS HUMANOS

- (1) Lafferrière, Jorge Nicolás, "Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio", DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, 163, AR/DOC/3108/2014.
- (2) Braude, Peter; Pickering, Susan; Flinter, Frances; Ogilvie, Caroline, "Preimplantation genetic diagnosis", en *Nature Reviews Genetics*, Dec 2002, vol. 3, issue 12, p. 942: "Principle of preimplantation genetic diagnosis. A single cell (or cells) is removed from each embryo of an in vitro-developing cohort, on which a diagnostic genetic test is carried out. Up to three of the embryos that are unaffected are transferred to the patient in the hope of establishing a pregnancy".
- (3) Estas finalidades se enuncian en un plano teórico, aclarando que se estima que el DGP no debe ser considerado admisible en el derecho argentino por las múltiples objeciones que hemos señalado oportunamente.
- (4) Bellieni, Carlo, "Pre-implantation diagnosis, prenatal diagnosis", en Pontificia Academia Pro Vita, *The human embryo before implantation. Scientific aspects and bioethical considerations. Proceedings of the Twelfth Assembly of the Pontifical Academy for Life* (Vatican City, 27 February-1 March 2006), Sgreccia, Elio y Laffite, Jean (editores), Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2007, p. 146.
- (5) En algunos países, como en Gran Bretaña, se ha creado una lista de indicaciones para las cuales se autoriza la posibilidad de realizar el DGP.
- (6) Mastenbroek, Sebastiaan y colaboradores, "In vitro fertilization with preimplantation genetic screening" en *The New England Journal of Medicine*, vo. 357, n. 1, 5-Julio-2007, p. 9; Gleicher, Norbert, Kushnir, Vitaly A, Barad, David H, "Preimplantation genetic screening (PGS) still in search of a clinical application: a systematic review", *Reproductive Biology and Endocrinology* 2014, 12:22, <http://www.rbej.com/content/12/1/22>.
- (7) <http://www.hfea.gov.uk/496.html#guidanceSection4377>
- (8) Nos remitimos a nuestros textos anteriores: Lafferrière, Jorge Nicolás, "La persona por nacer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia*, 55, p. 3, octubre de 2014; Lafferrière, Jorge Nicolás, "El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado", *La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona*, DFyP 2014 (noviembre), 01/11/2014, p. 143, AR/DOC/3796/2014
- (9) a) Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sentencia del 30 de julio de 2014 en la causa n° 110.803, caratulada: "L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ acción de amparo P/ apelación s/ INC."; b) Cámara Federal de Salta, Sentencia en autos "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo", 8 de julio de 2013; c) Cámara Federal de Salta, "M., I. N. c/ OSDE s/ amparo ley 16.986", Sentencia del 19/07/2014, Expediente N°: FSA 000135/2014.; d) Voto en disidencia del Dr. Hugo O.H. Llobera, en expte. "C.K.J. y o c/ M.S.A.S/ amparo", Sala 1ra. de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, 12/11/2013.
- (10) Reviriego, Nicolás, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 125; Tobías, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, dirigido por Jorge H. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 147.
- (11) Lafferrière, Jorge Nicolás; Tello Alonso, Juan, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", *La Ley Suplemento Constitucional*, 2014; Lafferrière, Jorge Nicolás. Los límites de "Artavia Murillo" en un interesante fallo en protección del embrión humano, *Doctrina judicial, La Ley*, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; Herrera, Daniel y Lafferrière, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre

un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". La Ley Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 – La Ley 2013-B; De Jesús, Ligia M.; Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", Prudentia Iuris, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), causa "L.E.H. y otros c/O.S.E.P", 1/9/2015.

(13) Galton, Francis, "Eugenics: Its Definition, Scope, and Aims", The American Journal of Sociology, Vol. 10, No. 1, Jul. 1904, p. 1. Se trata de una conferencia pronunciada por Galton en la Sociological Society de la Escuela de Economía de la Universidad de Londres el 16 de mayo de 1904.

(14) Desde ya consideramos improcedentes tales acciones dirigidas a reclamar a los padres o al médico por el "daño" de haber nacido, porque nacer nunca es un daño.