

Título: Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: LA LEY 04/02/2015, 04/02/2015, 1 - LA LEY2015-A, 789 - DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 137

Cita Online: AR/DOC/4720/2014

Sumario: 1. Introducción. — 2. Análisis del proyecto de ley en torno a las principales cuestiones implicadas. — 3. Valoración crítica del proyecto de ley. — 4. Reflexiones finales.

Existe un cambio de eje en la motivación de fondo del legislador para regular las técnicas reproductivas. 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 salud y se impone una lógica biotecnológica que pretende convertir la vida en un mero material biológico disponible.

1. Introducción

El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó un proyecto de ley sobre "técnicas de reproducción médicamente asistida" (art. 1), que deberá ser considerado por el Senado de la Nación (expte. CD-101/2014). El texto proyectado se encamina a ser la tercera norma legal aprobada por el Congreso en un plazo de un año y medio referida al tema. Las dos normas previas son la ley 26862 de cobertura de las técnicas por el sistema de salud, ya vigente (1), y el Código Civil y Comercial Unificado que regula los efectos filiatorios de las técnicas y que entrará en vigencia el 1ro. de agosto de 2015 (2).

En el presente comentario (3), nos proponemos analizar descriptivamente el proyecto de ley aprobado en torno a las grandes cuestiones en juego en la regulación jurídica de las técnicas de intermediación en la procreación humana (4). Luego realizaremos algunas valoraciones críticas sobre el contenido del texto sancionado y finalizaremos con algunas reflexiones conclusivas.

2. Análisis del proyecto de ley en torno a las principales cuestiones implicadas

a) Objeto

Según el artículo 1 del proyecto con media sanción, la ley tiene por objeto

* "regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida"

* "la protección del embrión no implantado".

El mismo artículo 1 aclara que tal "regulación" se hace "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".

Es relevante recordar que el artículo 1 de la ley 26.862 señala que el objeto de esa ley es "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". Como veremos a continuación, el método seguido resulta en algunas superposiciones, pues algunos puntos relativos al "alcance", "derechos" y "relaciones jurídicas" se encuentran en la ley 26862 y no en la nueva ley que está siendo discutida. Por ejemplo, el consentimiento informado de los beneficiarios para la realización de las técnicas, uno de los temas claves de la regulación y en torno al cual hay muchos elementos a considerar, no aparece casi mencionado en el proyecto con media sanción, salvo en lo que se refiere al aporte de los gametos para terceros (art. 5) y al caso en que los beneficiarios se conviertan en aportantes de embriones (remisión del artículo 13).

Por su parte, desde lo metodológico, la media sanción remite al Código Civil y Comercial Unificado (en adelante CCyCU), pero el mismo recién entrará en vigencia el 1ro. de agosto de 2015 (5). En ese CCyCU, las técnicas de reproducción médicamente asistida son reguladas a sus efectos filiatorios. Las normas del Código nuevo se refieren a la forma de determinar la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas, aplicando la regla del parto en caso de maternidad y de la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento informado.

Ahora bien, la remisión al CCyCU genera una ventana de tiempo en la cual se aplicarían las dos leyes sobre reproducción humana asistida, pero no estará aun vigente el Código Civil que regula todo lo relativo a la filiación. Al respecto, se ha afirmado que ello se soluciona en razón de que el CCyCU tiene una disposición transitoria que aplica retroactivamente las normas de filiación, pero llama la atención la remisión a una ley no vigente aún.

Protección del embrión no implantado: Por otro lado, a pesar de la enunciación de que el objeto de la ley es la "protección del embrión no implantado", a lo largo de la normativa propuesta se advierte que el principio fundamental que parece guiar a los legisladores es el de la "desprotección". De otro modo, no se entiende cómo

se permite que transcurrido un tiempo "cese la crioconservación" de los embriones, que se pretenda destinarlos a la investigación destruyéndolos, que se permita una selección genética de ellos a través del diagnóstico genético preimplantatorio o que se los clasifique en viables o inviables. Volveremos sobre el tema.

b) Método del proyecto con media sanción

El proyecto con media sanción no está dividido en capítulos ni se han puesto epígrafes a los artículos. El articulado puede ser sistematizado de la siguiente forma:

* Objeto (art. 1)

* Aporte de gametos para terceros y embriones: Regla general sobre técnicas con material genético propio o gametos de terceros (art. 2); Límite de edad para el aporte de gametos (art. 3); Controles previos a los aportantes de gametos (art. 4); Consentimiento del aportante de gametos y definición de centro de salud (art. 5); Carácter no lucrativo del aporte de gametos (art. 6); Carácter rescindible del convenio de aporte de gametos y uso de los gametos para fines propios (art. 7); Límite de aportes de gametos para un máximo de 6 personas o parejas (art. 8); Reglas sobre la confidencialidad del aporte de gametos o embriones (art. 16).

* Crioconservación y destino de gametos y embriones: Regulación de la conservación de gametos y embriones en los centros autorizados (art. 9); Posibilidad de conservación de gametos para uso futuro en caso de enfermedad (art. 10); Límite en el plazo de conservación de gametos aportados para terceros (art. 11); Límite en la crioconservación de gametos o embriones de los beneficiarios y exigencia de contrato previo sobre el destino de los embriones (art. 12); Posibilidad de "donar" gametos o embriones a los centros de salud y de abreviar el plazo de crioconservación (art. 13).

* Prohibiciones y legalizaciones: Prohibiciones y distinción entre embriones viables y no viables (art. 14); Prohibición de selección fenotípica de gametos o embriones (art. 15); Criterio médico para la determinación del número de ovocitos a fecundar (art. 17); Legalización del diagnóstico genético preimplantatorio (art. 18)

* Disposiciones administrativas: Deber de información de los centros de salud a la autoridad de aplicación (art. 19); Funciones del Registro Único de Establecimientos establecido por el art. 4 de la ley 26862 (art. 20); El Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (art. 21); Deber de conformar un Comité Asesor Honorario Ad Hoc (art. 22); Promoción de las técnicas en el país (art. 23); Elaboración de protocolos específicos (art. 24)

* Responsabilidad e infracciones: Responsabilidad de los centros de salud y deber de contratar seguro (art. 25); Enumeración de infracciones (art. 26); Competencia de la autoridad de aplicación para sancionar (art. 27); Criterios para la graduación de las sanciones (art. 28); Sanciones previstas para las infracciones (art. 29); Procedimiento para los sumarios por infracciones (art. 30); Destino de lo recaudado por infracciones (art. 31).

* Normas finales: Previsión presupuestaria (art. 32); Entrada en vigencia y derechos adquiridos (art. 33); Carácter de orden público de la ley e invitación a que las provincias adhieran (art. 34); Deber de reglamentación en 90 días (art. 35).

c) Técnicas admitidas

El tópico referido a las técnicas que están legalizadas aparece regulado en la ley 26862, en su artículo 2 que dispone: "ARTICULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación" (6).

En el proyecto con media sanción, no encontramos una norma sobre este tema, si bien el objeto de la ley es "regular el alcance" del empleo de las técnicas. El articulado parece estar orientado, como hemos visto, a la cuestión de regular el aporte de gametos para terceros y los destinos de los embriones. Por tanto, parece entenderse que rige lo dispuesto por el art. 2 de la ley 26862 y su reglamentación en cuanto a la distinción entre técnicas de baja y de alta complejidad. También debemos mencionar que en la media sanción se contempla las técnicas homólogas y heterólogas (art. 2) y se regula la "conservación" de gametos o embriones (art. 9 y concordantes). Por su parte, el art. 18 propugna legalizar el diagnóstico genético preimplantatorio que no había sido mencionado en la ley 26862. También se incluye como infracción "practicar técnicas de reproducción humana asistida no homologadas por la autoridad de aplicación" (art. 26 inc. g).

d) Finalidades del empleo de las técnicas

En los diversos proyectos parlamentarios presentados en el Congreso, un tema habitual era la cuestión de las finalidades con las que se recurre a las técnicas. En tal sentido, desde lo teórico podemos enunciar posibles objetivos para recurrir a las técnicas, a saber:

- * Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad médicamente diagnosticada.
- * Concebir un hijo con ciertas características genéticas deseadas, ya sea por pura voluntad procreacional, como por otras finalidades.
- * Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo (bebé-medicamento).
- * Concebir un hijo por personas fértiles, en caso de uniones de personas del mismo sexo, o bien por personas solas, o bien en casos post-mortem.
- * Concebir embriones con fines industriales, comerciales o de experimentación.

En el plano normativo en Argentina, hemos señalado oportunamente que la finalidad de las técnicas para el legislador es la "consecución de un embarazo", a tenor del art. 2 de la ley 26862 (7). El proyecto con media sanción no modifica esta finalidad. De allí que consideramos que debe considerarse excluida toda aplicación de la técnica con fines de generación de embriones para experimentación. Tal exclusión abarca, por supuesto, la clonación humana en cualquiera de sus modalidades, pues es una forma de experimentación. Subsiste, no obstante, el problema de la utilización para investigación de embriones "sobrantes" de la aplicación de técnicas de fecundación artificial. Al respecto, el proyecto con media sanción incluye la posibilidad de investigación con embriones y el tema resulta altamente controversial. Entendemos que en este punto la ley vulnera preceptos constitucionales. Volveremos luego sobre el punto.

El proyecto con media sanción prohíbe la selección de gametos y embriones por sus características fenotípicas (art. 15). Igualmente se prohíbe "toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia" (art. 14 inciso c). Estas dos finalidades prohibidas se suman a lo dicho sobre la finalidad de conseguir un embarazo para toda técnica.

Consideramos también que no se puede realizar la técnica para concebir un hermano que sea dador de tejidos u órganos para otro hermano vivo. Ello supondría una inadmisibles instrumentalización de la vida humana y excedería el alcance de estas leyes que comentamos. Finalmente, la media sanción nada dice sobre la maternidad por subrogación, por sustitución o alquiler de vientres y esta práctica debe considerarse excluida conforme a las disposiciones del nuevo CCyCU (8).

e) Beneficiarios

Otro tópico usual en los proyectos de ley de regulación de las técnicas es el referido a los beneficiarios. En tal sentido, la media sanción que analizamos no contiene disposiciones de carácter general y entonces debe entenderse que se remite a la ley 26862 que dispone: "ARTICULO 7° — Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

En la media sanción, podemos mencionar como norma referida a beneficiarios al artículo 10 ya mencionado sobre la posibilidad de crioconservar gametos para el futuro.

No se han formulado regulaciones referidas al requisito de infertilidad o esterilidad en los "beneficiarios" (9). En tal sentido, el tema aparece en el artículo 10, cuando se permite que "toda persona, incluso menor de dieciocho años, que padezca alguna enfermedad o deba realizar algún tratamiento médico que pueda afectar su fertilidad en el futuro" pueda crioconservar sus gametos. Este abandono del recaudo de la infertilidad o esterilidad como requisito para el acceso a las técnicas (10), que era una exigencia propuesta en muchos de los proyectos de ley inicialmente presentados en el Congreso, permite constatar cómo se ha corrido el eje de la aplicación de las técnicas. De la infertilidad se ha pasado al "deseo reproductivo". Ello tiene consecuencias profundas, vinculadas sobre todo con la aplicación de la idea de autonomía. Paradójicamente, ello tiende a quitar la aplicación de las técnicas del ámbito de la salud y trasladarla al ámbito del consumo. Y deja en evidencia que la intermediación técnica en la procreación humana significa una alteración de profundos valores humanos.

En la media sanción no hay límites de edad ni ningún tipo de escrutinio sobre quiénes acceden a las técnicas, cuál es su estado civil y otras circunstancias. Tampoco hay requisito de que sean matrimonio de varón y mujer, en tanto se contempla la posibilidad de aporte de gametos; o que sea una "pareja", pues podría tratarse de una mujer sola. Nuevamente, el foco está puesto en los deseos reproductivos de los adultos (11).

f) Los múltiples consentimientos informados implicados en las técnicas

La complejidad de las técnicas que intermedian en la procreación humana se puede constatar por la multiplicidad de consentimientos que están implicados (12). Tomando como base las regulaciones de la ley

26862, el CCyCU y la media sanción, pudimos identificar los siguientes consentimientos informados, distinguiendo entre los beneficiarios y los aportantes de gametos:

f.1) En cuanto a los beneficiarios:

f.1.1) El consentimiento preconcepcional de quien encarga la técnica con gametos propios. Estaría regulado por la ley 26862 y su reglamentación, y tendría efectos filiatorios a los fines del CCyCU.

f.1.2) El consentimiento preconcepcional de quien encarga la técnica con gametos aportados por tercero. Este consentimiento tiene la particularidad que se refiere a la posibilidad de realizar la técnica (art. 7 de la ley 26862) y también tiene efectos filiatorios según el CCyCU, en tanto se aplica aquí la voluntad procreacional. La persona no tiene vínculo genético con el hijo, pero a través de su consentimiento establece una filiación irrevocable, que no podrá ser impugnada por inexistencia de nexo biológico. Este consentimiento tiene que ser renovado cada vez que se procede a la utilización de los gametos o embriones, según el CCyCU.

f.1.3) El consentimiento preimplantacional de los beneficiarios en forma previa a la transferencia de los embriones. Recordemos que el CCyCU afirma que el consentimiento "debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones" (art. 560). Si bien se habla de una "renovación", podemos distinguir un consentimiento preconcepcional (casos antes mencionados) y otro preimplantacional. Este consentimiento puede ser tanto para quien lo hace con gametos propios como con gametos aportados por terceros. Este "consentimiento", en tanto refiere a embriones humanos y por tanto personas conforme al artículo 19 del CCyCU y normas concordantes, tendría que ser discernido a la luz de las normas sobre la llamada "responsabilidad parental" (anteriormente patria potestad).

f.1.4) El consentimiento para "aportar" los embriones al centro de salud para que sean destinados a fines reproductivos (art. 13). Este consentimiento se deduce de la remisión que hace el artículo 13 al régimen de los aportantes de gametos para terceros. En tal sentido, si bien el artículo 13 habla de "donar" al centro de salud, se supone que tal aporte se realiza con la finalidad de que sean transferidos a terceros con fines reproductivos. Ello tendría que ser parte específica del consentimiento, de modo que el beneficiario comprenda que "aporta" los embriones para terceros con fines reproductivos. Este consentimiento presupone que antes se ha revocado el consentimiento para realizar la técnica y por tanto no habrá efectos filiatorios. La temática es muy trascendente, pues está implicado el derecho a la identidad de los embriones.

f.1.5) El consentimiento de quien encarga la técnica recibiendo embriones "donados" por terceros. Este consentimiento tendría efectos filiatorios según el CCyCU.

f.1.6) El consentimiento para decidir "prorrogar" la crioconservación de embriones, hasta un plazo de 5 años (art. 12), con la decisión de "someterse a un procedimiento en el futuro" (art. 12).

f.1.7) El consentimiento para el "cese de la crioconservación", especialmente en el caso de abreviar el plazo (art. 13). Este consentimiento no aparece mencionado en la media sanción pero es consecuencia lógica de la gravedad del acto de decidir cesar la crioconservación.

f.1.8) El consentimiento para "dar" los embriones para investigación. Sin perjuicio de sostener que la pretensión de legalizar la utilización de embriones para investigación resulta inconstitucional, en caso que se pretendiera aplicar tal posibilidad, sería requisito necesario un consentimiento informado, aunque el tema presenta aristas muy serias por la gravedad del acto. Volveremos sobre el punto al tratar el tema de la investigación en embriones humanos.

f.1.9) El consentimiento para la realización del diagnóstico genético preimplantatorio (art. 18).

f.2) En cuanto al aportante de gametos:

f.2.1) Consentimiento del aportante de gametos para su utilización con fines reproductivos. Está regulado en el artículo 5 de la media sanción.

f.2.2) Consentimiento del que crioconserva gametos por razones de enfermedad (art. 10).

f.2.3) Consentimiento del aportante de gametos, para uso propio o para terceros, para su utilización con fines de investigación. Un aspecto problemático sería el referido a la posibilidad de que el centro de salud decida utilizar para investigación gametos de una persona, aunque haya sido aportante para terceros. El artículo 11 prevé esa posibilidad al vencimiento del plazo de 10 años, aunque no indica quién toma la decisión. Parece claro que el centro de salud no podría decidir tal destino de experimentación para los gametos de un tercero, especialmente si tenemos en cuenta todas las consecuencias que ello tiene, por ejemplo, en términos de posibles hallazgos genéticos. Rigen las reglas generales sobre participación en proyectos de investigación y la necesidad de consentimiento previo e informado.

La enumeración de estos "consentimientos" permite advertir la complejidad de la materia y los problemas

hermenéuticos que se derivarán de la aplicación de las tres normas regulatorias de las técnicas. En efecto, se puede advertir una mala técnica legislativa, que no ha hecho una consideración sistemática de estos temas y ha resultado en regulaciones que por momentos se superponen o bien que dejan lagunas sin regular.

En cuanto al consentimiento de los beneficiarios, el mismo no es mencionado de manera expresa y sistemática en el proyecto con media sanción. Entre las infracciones incluidas en el proyecto que comentamos, se menciona "No solicitar el otorgamiento del consentimiento a las personas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida y a los aportantes de gametos para terceros, de acuerdo a lo estipulado en la ley 26862 y reglamentación vigente" (art. 26 inc. c). Se advierte por tanto que la media sanción remite a la ley 26862 y en particular al ya transcripto artículo 7 que regula el consentimiento informado. Igualmente, se remite al CCyCU como hemos visto.

Acuerdo previo sobre el destino de los embriones: Durante el debate en el recinto de Diputados, se agregó un párrafo al artículo 12 del dictamen y que se vincula al tema del "consentimiento" y que dispone: "Las parejas que crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a estos se les darán en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando ello se produjere antes del cumplimiento de los plazos establecidos en los párrafos precedentes, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. La misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación".

Este párrafo puede significar algunas complicaciones adicionales en relación al consentimiento. En efecto, la gravedad de las decisiones en juego supone que las personas tengan la suficiente información para saber cómo proceder en los casos indicados en el párrafo agregado al artículo 12. Por otra parte, no puede soslayarse que el criterio rector, en caso de embriones humanos, es el de la responsabilidad parental que busca el bien y el interés superior del hijo [\(13\)](#).

g) Los contenidos mínimos a informar a los beneficiarios

Vale señalar que en la media sanción no se han dispuesto regulaciones específicas sobre el contenido de la información que debe brindarse a los requirentes de la técnica. Las leyes se remiten a las disposiciones generales sobre consentimiento de la ley 26529 de derechos del paciente [\(14\)](#). Se trata de uno de los temas más cruciales de la aplicación de las técnicas. En efecto, se verifica una tendencia a postergar la edad de la maternidad y la paternidad. Ello conduce a mayores dificultades para concebir. En tal contexto, no son pocos los que aprovechan la ansiedad de las personas y ante esas primeras dificultades rápidamente aconsejan recurrir a la fecundación artificial sin haber antes agotado todas las posibilidades de concepción por la unión sexual. Si no existe buena y precisa información sobre el diagnóstico y sobre la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad sin necesidad de recurrir a técnicas de fecundación artificial, corremos el riesgo de llevar a mucha gente a utilizar estas técnicas sin tener una real necesidad. Una información del 26 de junio de 2014 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires se indicaba que "de cada diez parejas que consultan en hospitales de la Provincia por no lograr un embarazo, sólo dos requieren, efectivamente, un tratamiento de fertilización. La gran mayoría, en cambio, logra resolver el problema con una cirugía o con medicación sin necesidad de recurrir a inseminaciones ni procedimientos in Vitro". [\(15\)](#)

Llama la atención que no se hayan fijado algunos contenidos mínimos obligatorios para la información previa al consentimiento. Si tomamos el caso de Gran Bretaña, antes del tratamiento es obligatorio informar a la mujer y, si corresponde, a su pareja: la política del centro sobre selección de pacientes; la obligación del centro de responder por el bienestar de los niños resultantes de la técnica; el tiempo estimado de espera para el tratamiento, los tratamientos disponibles; las probabilidades de resultados del tratamiento con información reciente y propia del centro de salud y las estadísticas nacionales; la naturaleza y los riesgos posibles de los tratamientos, incluyendo los riesgos de tener hijos con defectos de desarrollo; los posibles efectos colaterales sobre la mujer y cualquier niño resultante, incluyendo el síndrome de hiperestimulación ovárica; en el caso de donación de óvulos, el tamizaje requerido de la donante y el riesgo de infección de la receptora; la disponibilidad de centros para congelar embriones y las implicaciones de conservar embriones y usar embriones; la importancia de informar al centro tratante de cualquier eventual suceso que produzca el tratamiento, incluyendo resultado de no lograr un nacido vivo; el procedimiento para quejas del centro de salud y la naturaleza y los riesgos en el corto y largo plazo de la FIV/ICSI con óvulos madurados in vitro, incluyendo referencias a la experiencia de la clínica. También se exige información precisa sobre el costo del tratamiento e información sobre temas como la determinación legal de la paternidad, los nacimientos múltiples, el bienestar del niño, el tamizaje preimplantatorio genético, los estudios sobre embriones, la confidencialidad y la privacidad [\(16\)](#). Podríamos agregar las implicaciones de utilizar gametos aportados por terceros en cuanto al derecho a la

identidad del niño; el conocimiento del instituto de la adopción como respuesta al derecho de un niño ya nacido a tener una familia; los riesgos de salud que encierran las técnicas [\(17\)](#).

h) Límite a la cantidad de óvulos a fecundar

Otro tema crucial para limitar los daños implicados en la fecundación artificial es el referido al número de óvulos a fecundar. En tal sentido, ni la ley 26862 ni el CCyCU contenían normas sobre el punto. En el proyecto con media sanción, el tema aparece en el artículo 17 que dispone: "El centro de salud autorizado interviniente en las técnicas de reproducción humana asistida puede inseminar el número de ovocitos que considere pertinente de acuerdo con las circunstancias particulares de la paciente. También prevalece el criterio médico en el caso de transferencia intratubárica de gametos, de cigotos, de embriones y en cualquier procedimiento avalado por avances técnicos científicos y homologado por la autoridad de aplicación".

Este artículo deja en evidencia la poca preocupación evidenciada por el legislador en adoptar alguna medida de protección de embriones humanos. En efecto, no se puso límite a la cantidad de óvulos a fecundar, lo que deja a merced del centro de salud la decisión de cuántos embriones serán concebidos y por tanto queda abierta la puerta a la generación de muchos más embriones que los indispensables.

Además, la falta de un límite en el número de embriones que se transfieren, o de óvulos que se fecundan en las técnicas de baja complejidad, puede conducir a un aumento del embarazo múltiple, que es uno de los grandes problemas de salud asociados a la expansión de las técnicas de fecundación artificial.

i) Aporte de gametos para terceros

Como hemos visto, la regulación del aporte de gametos para terceros es uno de los ejes del proyecto de ley con media sanción. El tema aparecía mencionado en la ley 26862 y en el CCyCU en cuanto a sus efectos de filiación. En la media sanción que comentamos, se regulan los siguientes aspectos:

* El artículo 2 dispone que se pueden recibir "gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros". Sienta por tanto la regla general de admisibilidad del aporte de gametos para fines reproductivos [\(18\)](#).

* El artículo 3 dispone de un límite de edad para el aporte de gametos: entre 18 y 35 años para las mujeres, entre 18 y 40 años para los hombres.

* Por su parte, se establecen controles previos a los aportantes de gametos: "Para constituirse en aportante de gametos para terceros, se debe previamente realizar un estudio clínico sujeto a un protocolo que establezca la autoridad de aplicación, en el cual se deje constancia que de acuerdo con los estudios clínicos realizados, los datos brindados por el aportante y las técnicas disponibles para la detección de enfermedades genéticas, no existan evidencias de que éste padezca enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia, debiendo aportar además cualquier otro dato que resulte de relevancia médica" (art. 4). Más allá de las intenciones de las partes, a los problemas éticos que posee toda intermediación técnica en la procreación humana, cuando se recurre a gametos de terceros se impone una lógica que considera al niño como un "producto" que tiene que ser "fabricado" con "material" seleccionado y "sin defectos". En la experiencia internacional, los controles que inicialmente se ordenan a evitar la transmisión de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas, prontamente se van ampliando por la vaguedad de tales tipologías. Entonces, fácilmente se puede caer en la búsqueda del hijo perfecto. Por cierto, el límite propuesto en el art. 15 respecto a la selección de rasgos fenotípicos resulta insuficiente, porque muchas veces lo que se buscan son características genéticas [\(19\)](#).

* Se establece que el aportante de gametos y definición de centro de salud brinde su consentimiento (art. 5): "El aporte de gametos para terceros se debe formalizar mediante un convenio escrito con el centro de salud autorizado, en el que se deje constancia expresa de la declaración de voluntad suficiente efectuada por el aportante, emitida luego de haber sido informado sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos o embriones, así como las consecuencias que se derivan de lo dispuesto en el artículo 564 del Código Civil y Comercial Unificado. El consentimiento informado deberá seguir las formalidades y demás requisitos que establezca la autoridad de aplicación en la reglamentación de la presente ley". En el caso de la mujer donante, cabe preguntarse si se contempla la información sobre los eventuales riesgos para la propia fertilidad que tiene la ovodonación.

* Se establece el carácter no lucrativo del aporte de gametos (art. 6): "El aporte de gametos para terceros no tiene carácter lucrativo o comercial. La autoridad de aplicación deberá fijar una compensación económica, con el objeto de reparar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se derivan del aporte del material genético; en ningún caso puede constituir un incentivo económico para el aportante. Cualquier campaña publicitaria u otras actividades tendientes a promocionar el aporte de material genético para terceros por parte de centros de salud deben respetar el carácter altruista de esta acción, no pudiendo, en ningún caso,

alentarla mediante la oferta de beneficios económicos". La posibilidad de una "compensación económica" desdibuja la alegada finalidad de evitar la explotación de personas que donen sus gametos. El tema afecta especialmente a las mujeres y son muchos los casos en que se han generado serios problemas de salud por la donación de gametos realizada en búsqueda de una "compensación económica". Por otra parte, sobre qué base se establecerá esa "compensación". Tampoco se dice nada sobre el deber de cubrir todas las eventuales complicaciones de salud que se deriven de la donación de óvulos, un punto sumamente discutido en términos de cobertura por el sistema de salud y en torno al cual la ley 26862 guardó silencio. Ciertamente se habla de "compensar las molestias físicas", pero ello puede pretender hacerse en base a una tasación a priori y no en base a los reales problemas que surjan a la mujer luego de un procedimiento invasivo como es el de hiperestimulación y extracción de óvulos. Finalmente, la preocupación puesta en el carácter no lucrativo del aporte de gametos no se traduce en una preocupación sobre el carácter no lucrativo de todo el procedimiento [\(20\)](#). Desde un punto de vista puramente materialista, siendo los gametos la "materia prima" con la que se conciben los embriones, cabe preguntarse cuáles son los criterios de fijación de precios en materia de técnicas reproductivas, qué criterios se usan para elegir los gametos, qué criterios se usan para el aporte de embriones y otros asuntos igualmente delicados y sobre los que se guarda silencio en las sucesivas leyes que impulsa el Congreso.

* Se dispone el carácter rescindible del convenio de aporte de gametos y uso de los gametos para fines propios (art. 7). La rescisión se puede realizar "siempre y cuando sus gametos se encuentren todavía disponibles por no haber sido utilizados para la consecución de técnicas de reproducción humana asistida, debiendo entonces descartarse la muestra de gametos". También se dispone que el aportante de gametos, "en caso de infertilidad o esterilidad sobreviniente" "podrá solicitar al centro de salud receptor la entrega de la muestra de gametos para ser utilizado en su propio beneficio, siempre que se encuentre disponible".

* En el artículo 8 se procura responder al problema del aporte de gametos y el nacimiento de muchos hijos de un mismo aportante y se dispone un límite: "El material genético de un mismo aportante podrá ser utilizado para realizar técnicas de reproducción humana asistida hasta en un máximo de seis personas o parejas, siempre que de ello resultaren nacimientos con vida". El límite del artículo 8 resulta confuso, pues se menciona la condición de que haya "nacimientos con vida", lo que daría lugar a interpretar que el límite es 6 nacidos vivos, pero en la redacción se habla de la "utilización de los gametos" por parte de seis parejas o personas". De adoptarse esta última interpretación, el límite sería sólo respecto a los beneficiarios, pero sin un límite en la cantidad de concebidos, transferidos y nacidos. Una dificultad adicional de la redacción está dada porque se trata de un control previo a la concepción de los embriones, pero a su vez sujeto al nacimiento con vida. Ello genera una ventana de tiempo en la que el control se torne difuso.

* El artículo 8 también incluye una "atribución" de la autoridad de aplicación que, en los hechos, puede terminar desdibujando por completo esa pretendida voluntad de limitar la cantidad de nacidos vivos por donantes. En efecto, dispone el artículo 8: "La autoridad de aplicación queda facultada para ampliar la cantidad de destinatarios de material genético y para determinar la cantidad de aportes que pueda efectuar un mismo aportante de gametos, considerando que existen diferencias biológicas y técnicas para la obtención de gametos femeninos y masculinos, así como la demanda existente y las particularidades de cada jurisdicción, debiendo guardar los recaudos necesarios vinculados a los impedimentos legales". Es tan amplia la atribución, que luego se pueden generar situaciones de excepción que desdibujarán la pretendida limitación.

* El plazo máximo de conservación de gametos es de 10 años desde que se hizo el aporte, de modo que si no hubiesen sido utilizados deberán ser descartados o destinados a la investigación (art. 11).

* Una lectura literal del artículo 12 en su última frase podría interpretarse como obligando a la persona que aporta sus gametos a dejar sentada sus preferencias sobre el "destino" de los embriones en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio o muerte. En efecto, dispone ese artículo: "La misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación". Esta frase, agregada en el debate en el recinto de Diputados, ciertamente dará lugar a múltiples problemas interpretativos, como veremos luego.

* El proyecto con media sanción también incorpora reglas sobre la confidencialidad del aporte de gametos o embriones (art. 16). Lo hace manteniendo el criterio ya establecido por el CCyCU de un anonimato del aporte de gametos, que cede por causas de salud. Con relación al CCyCU el artículo 16 explicita que una "razón fundada" para pedir revelar la identidad del donante es que "haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida".

j) Destino de los embriones humanos

Junto con la regulación del aporte de gametos, otro gran eje del proyecto con media sanción es el tema del

destino de los embriones humanos. En tal sentido, las medidas propuestas por el proyecto con media sanción son:

- * Clasificación de los embriones humanos en viables y no viables (art. 14)
- * Regulación de la concepción y transferencia de embriones humanos para fines reproductivos (art. 17)
- * Regulación de la crioconservación de embriones (art. 9)
- * Regulación del cese de la crioconservación de embriones (arts. 12, 13 y 14)
- * Regulación de la investigación con embriones humanos (arts. 12 y 14)

Al respecto, no puede menos que señalarse que se asiste a una profunda contradicción: por un lado, se afirma que se busca la "protección del embrión no implantado" (art. 1), en consonancia con el CCyCU; por el otro, se proyectan normas que desprotegen al embrión en formas nunca vistas en nuestro país.

Volveremos luego sobre este punto, pero aquí adelantamos una firme crítica al proyecto de ley que se enmarca en una mentalidad biotecnocientífica que cosifica la vida humana y la somete a una lógica productiva que es incompatible con la dignidad humana.

A modo de ejercicio hipotético y para identificar las problemáticas implicadas, enumeraremos posibles casos a la luz de las disposiciones textuales de la media sanción, distinguiendo según se trate de gametos propios o gametos de terceros, y considerando los destinos de los embriones para transferencia para fines reproductivos o crioconservación, que a su vez contempla la posibilidad de "donación" al centro de salud, o conservación hasta la finalización del plazo (que puede ser prorrogado o abreviado), con dos destinos posibles: cese de la crioconservación o investigación. Veamos caso por caso:

* Caso 1: El embrión es concebido con gametos de los beneficiarios, que son pareja. Tales embriones pueden ser transferidos a la mujer. Si se decide crioconservarlos, se aplica el artículo 12 que fija un plazo máximo de 10 años, que puede ser prorrogado (art. 12) o abreviado (art. 13). Al término de ese plazo, cesan en la crioconservación o los destinan a investigación. En todo momento, los beneficiarios pueden decidir "donar los embriones" al centro de salud para que sean aportados a terceros, conforme el artículo 13. En tal caso, se les aplica el régimen de los aportantes de gametos para terceros (cf. art. 13) y deben cumplir con el artículo 3 y concordantes. La pareja debe celebrar el acuerdo establecido en el artículo 12 para el caso de divorcio, separación de hecho, nulidad o muerte.

* Caso 2: Una pareja es beneficiaria, pero sólo uno de los miembros aporta sus gametos y el otro gameto proviene de un tercero. Según el proyecto con media sanción, tales embriones podrían ser transferidos a la mujer. Si se decidiera crioconservarlos, surge la duda sobre la aplicación del artículo 12, que parece redactado en forma limitada a los casos de fecundación homóloga. Según el artículo 13, los beneficiarios pueden decidir el aporte de los embriones al centro de salud para terceros. La duda que surge, en función de la redacción del artículo 12 es si se les aplica el "plazo" de crioconservación y también si se les aplica el deber de celebrar el acuerdo para el caso de divorcio, separación, nulidad o muerte.

* Caso 3: Una pareja es beneficiaria de las técnicas, pero los embriones fueron concebidos sin gametos de esa pareja, es decir, con gametos de terceros masculino y femenino. Este caso es similar al caso 2 y nos remitimos a lo dicho allí.

* Caso 4: La beneficiaria es una madre soltera, que aporta su gameto femenino y recibe el aporte de un gameto masculino de un tercero. Los embriones se podrían utilizar para transferencia con fines reproductivos y se trataría de una maternidad única, sin otro vínculo filiatorio conforme al CCyCU. Los embriones pueden ser crioconservados. En todo momento, según el artículo 13, podría decidir donar los embriones al centro de salud. Si decide aportar los embriones para terceros se rige por el régimen de aportantes de gametos para terceros. La duda es si se aplica el plazo de conservación del artículo 12. Pareciera que, dado que el embrión se obtuvo con sus gametos, al menos parcialmente, se aplicaría el artículo 12 en este caso. Al término del plazo, tendría que decidir el cese de la conservación o la investigación. También parece que se aplicaría la última frase del artículo 12, de tal manera que debe tomar una decisión previa sobre el destino de los embriones en caso de muerte (advertimos que no se aplicarían los supuestos de divorcio, separación o nulidad por tratarse de beneficiaria única).

* Caso 5: La beneficiaria es una madre soltera, pero que no aporta sus gametos para la concepción de los embriones, que son fecundados con gametos de terceros. Los embriones se podrían utilizar para transferencia con fines reproductivos y se trataría de una maternidad única, sin otro vínculo filiatorio conforme al CCyCU, por pura voluntad procreacional. Los embriones pueden ser crioconservados. En todo momento, según el artículo 13, podría decidir donar los embriones al centro de salud. Si decide aportar los embriones para terceros

se rige por el régimen de aportantes de gametos para terceros. La duda es si se aplica el plazo de conservación del artículo 12, como sucedió con los casos 2 y 3 antes mencionados. Quedaría en duda si hay un plazo y por tanto los destinos de cese de la conservación o la investigación al término del plazo. Debería considerarse excluida la posibilidad de investigación. También está en duda la aplicación de la última frase del artículo 12 para el caso de su muerte, pues se refiere al "titular de gametos" y la persona beneficiaria en este caso no aportó sus gametos.

* Caso 6: Una pareja beneficiaria recibe un "embrión" de terceros. Según el artículo 13, rigen las reglas del aporte de gametos para terceros. En tal caso, los embriones pueden ser transferidos al cuerpo de la beneficiaria para fines reproductivos. Se deben cumplir con los límites del artículo 3 y concordantes. La duda es si se aplica a los embriones el plazo del artículo 11 que refiere a los gametos. Entendemos que no y que estos embriones no pueden ser cesados en su conservación ni dados para investigación. Y también si se aplica el deber de realizar el convenio previo para el caso de divorcio, separación, nulidad o muerte (art. 12).

* Caso 7: Una beneficiaria soltera recibe un embrión de terceros. Según el artículo 13, rigen las reglas del aporte de gametos para terceros. En tal caso, los embriones pueden ser transferidos para fines reproductivos. Se deben cumplir con los límites del artículo 3 y concordantes. La duda es si se aplica a los embriones el plazo del artículo 11 que refiere a los gametos. Entendemos que no es extendible y que estos embriones no pueden ser cesados en su conservación ni dados para investigación. Y también hay duda sobre si se aplica el deber de realizar el convenio previo para el caso de muerte (art. 12 in fine).

k) Crioconservación de embriones humanos y cese de la crioconservación

En continuidad con lo antes señalado, el tema de la crioconservación de embriones humanos es uno de los tópicos cruciales del proyecto de ley con media sanción. Podemos sistematizar sus disposiciones de la siguiente manera:

* Se admite la crioconservación de embriones (art. 9) "mediante las técnicas existentes o las que permitan en el futuro los avances técnicos científicos, previa homologación de la autoridad de aplicación, conforme lo disponga la reglamentación".

* En el caso de "embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios" de las técnicas, la crioconservación cesará a los 10 años (art. 12). Este plazo es prorrogable por cinco años si hay decisión de someterse a un procedimiento en el futuro (art. 12). El plazo puede ser abreviado (art. 13).

* Como hemos visto, el artículo 12 dispone: "Las parejas que crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a estos se les darán en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando ello se produjere antes del cumplimiento de los plazos establecidos en los párrafos precedentes, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos". Este artículo da lugar a algunos problemas interpretativos. En primer lugar, se refiere únicamente a las parejas que recurrieron a una técnica con gametos propios, es decir, homóloga. No se aplica la disposición al caso de técnicas heterólogas, ya sea por haber recibido aportes de gametos o aportes de embriones.

* En razón de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 12, "la misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación". Resulta difícil desentrañar a qué casos se aplicaría esta norma. Ante todo, como remite a la frase anterior del artículo 12, se está refiriendo a la necesidad de una decisión "previa" sobre el destino de los embriones. Una aplicación literal en caso de técnicas heterólogas (ya sea por aportes de gametos, como por aportes de embriones) supondría entender que es el "titular de gametos" el que tendrá la última decisión. Ello es algo curioso. No serían los "beneficiarios" quienes decidirían sobre "sus" embriones (aunque cabe preguntarse si son "suyos" y en qué sentido). Sería como una "ultra-actuación" del aportante de gametos para terceros, que tendría poder para decidir el destino de los embriones congelados generados a partir de sus propios gametos. Todo ello refleja la deficiente técnica legislativa que presenta el proyecto que comentamos, además de sus problemas en cuanto al fondo del asunto.

* El dictamen de mayoría emitido por las Comisiones intervinientes en Diputados (Orden del día 132-1003/2014) incluía la posibilidad del "descarte de embriones" (art. 12). En el debate en el plenario de Diputados, a instancias de la presidente de la Comisión de Salud, la Dip. Andrea García, se reemplazó el término "descarte" por el de "cese de la crioconservación" (21). Para Kemelmajer, Herrera y Lamm, "los embriones, entonces, no son descartados, sino que se habilita a las personas a manifestar de manera expresa o por el paso del tiempo, la cesación de la criopreservación; en la práctica, ambos caminos llevan al mismo hecho: la posibilidad de que los embriones no continúen criopreservados. Es decir, ambos términos llevan a un mismo

destino" (22). Por nuestra parte, entendemos que si se ha eliminado la palabra "descarte", entonces habrá que entender que se pretende evitar eliminar embriones. El asunto dará lugar a futuros debates y creemos que: a) existe un conjunto sistemático de disposiciones que protegen la vida desde el primer momento de conformación del cuerpo humano individual y por tanto que excluyen toda posibilidad de eliminar embriones; b) sería recomendable para disipar toda duda que se incorpore expresamente el principio de protección de la vida humana y la prohibición de destruir embriones.

l) Aporte de embriones para terceros

Durante muchos años, la cuestión del destino de los embriones congelados en caso de abandono por parte de los que requirieron la técnica estuvo marcada por el debate en torno a la posibilidad de una adopción de embriones (23). Subyacía una visión que consideraba a los embriones como personas dignas de cuidado y protección, más allá de los problemas que encierra la fecundación extracorpórea. Sin embargo, poco a poco se fue abandonando esa perspectiva y se comenzó a utilizar una visión más cosificante, en contradicción con todas las otras normas que entienden que el embrión es persona. Así, la ley 26862 habla de la "donación de embriones" (art. 2) como una técnica de alta complejidad. Por su parte, el tema también parece estar presente en el CCyCU al considerar el consentimiento que genera vínculo filiatorio, es decir, se consiente recurrir a una técnica con un embrión "aportado" por terceros y ese consentimiento genera filiación (arts. 560 y 561).

En el proyecto de ley con media sanción se permite a las personas o parejas, "donar" sus "embriones a los centros de salud autorizados, siempre que cumplieren con el requisito previsto en el artículo 3° de esta ley" (art. 13). Se usa la expresión "donar" embriones a los centros de salud, y también la expresión "aportar" embriones (24). Tenemos, por tanto, que tratar el caso del "aporte de embriones" como una técnica con intervención de terceros. Sería una suerte de modalidad de fecundación heteróloga, donde el aporte de los terceros ya no son los gametos, sino los embriones mismos. En tal sentido, el artículo 13, cuando se refiere a las personas o parejas que "donen sus gametos o embriones a los centros de salud", señala que estas personas "quedarán sometidas al mismo régimen de los aportantes de gametos para terceros".

Para el aporte de gametos para terceros se requiere un consentimiento, al que se hace mención en la enunciación de las infracciones, pues se castiga al centro de salud en caso de "no solicitar el otorgamiento del consentimiento a las personas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida y a los aportantes de gametos para terceros, de acuerdo a lo estipulado en la ley 26862 y reglamentación vigente" (art. 26 inc. c). Este consentimiento también sería necesario para el "aporte" de embriones, según ya hemos visto, y tendría que guardar analogías con el ejercicio de la responsabilidad parental.

En cuanto al "destinatario" del aporte, el artículo 13 dice que la donación se hace a "los centros de salud". Cabe pero preguntarse si ellos tendrán entonces en su "poder" a miles de embriones como si fueran cosas de su "propiedad". Entendemos que ello sería incompatible con la dignidad humana y contrario a la Constitución Nacional.

Si al "aporte de embriones" se aplican las normas de aportantes de gametos para terceros, entonces se debe cumplir con el requisito del artículo 3 relativo a las edades máxima y mínima (lo dice expresamente el mismo art. 13) y el requisito del artículo 5 en cuanto a la instrumentación de la donación de los embriones en un convenio escrito. También se aplica el límite en la cantidad de personas o familias (art. 8) y el carácter no lucrativo del aporte (art. 6). Cabe preguntarse si se podría llegar a pretender recurrir a esos embriones en caso de infertilidad sobreviniente conforme al artículo 7. También nos preguntamos cómo se computa el plazo de conservación en función del hecho "nuevo" del aporte de los embriones y si se reanuda el plazo.

También pareciera que debe cumplirse con los controles previos del artículo 4, aunque aquí ya no será posible realizar tal control sobre los gametos antes de la fecundación, pues ahora los gametos ya se han fusionado formando el embrión. ¿Se trata de un control sobre los embriones? ¿O bien el control del artículo 4 para prevenir enfermedades se habrá de realizar a todo aportante de gametos, ya sea propios o para terceros, en previsión a la eventualidad que luego esos embriones sean aportados para terceros?

Por otra parte, nos preguntamos qué alcance tiene la disposición que dice que la donación se realiza al "centro de salud". No tenemos ninguna norma sobre cómo debe ser el comportamiento.

Este crucial y delicado tema, que durante muchos años se debatía como el problema de la adopción de embriones, ahora ha quedado tratado con muy mala técnica legislativa, con una visión cosificante del embrión al que se aplican términos como donación, y con muy pocos controles sobre los centros de salud. Ellos reciben la "donación" y conforman ahora "bancos de embriones" (art. 5).

Se darán no pocos casos en que una persona o pareja, luego de concebir muchos embriones, y luego de una transferencia exitosa con uno o dos nacidos vivos, decida "donar" los embriones "sobrantes" al centro de salud. Es probable que los centros de salud enfrenten, en los próximos años y como ya ocurre en muchos casos, un

creciente acumulación de embriones congelados, sin destino cierto, a la espera de una decisión o del cumplimiento del plazo. La desidia del legislador sobre su suerte es notable: se limita a poner un plazo, se desentiende de su destino y privatiza la decisión en los laboratorios. Todo ello es funcional a una industria biotecnológica que codicia los embriones humanos por su extraordinaria potencialidad, con grave ofensa a la dignidad [\(25\)](#).

Otro problema de técnica legislativa refiere al hecho de que las normas sobre plazo de la crioconservación de embriones están referidas a los casos de fecundación homóloga (art. 12). Pero al respecto, puede suceder que el embrión hubiera sido concebido con gametos propios, o con gametos de terceros. Si se trata de un embrión concebido con gametos propios, el art. 12 dispone un plazo de crioconservación, que se puede extender por cinco años, o que puede ser abreviado (art. 13). Pero si se trata de un embrión concebido con gametos de terceros, no hay una norma similar, pues la redacción del artículo 12 parece dedicada exclusivamente a los embriones "obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas" (es decir, homóloga) y luego repite que se exige el acuerdo previo a "las parejas que crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos" (nuevamente homóloga). Se nos dirá que es un error, pero la omisión de consideración de los embriones concebidos a partir de aportantes de terceros es evidente.

m) Investigación con embriones humanos

La posibilidad de utilizar embriones humanos para investigación nunca antes fue mencionada o legalizada en una norma jurídica en Argentina. Ahora, el proyecto con media sanción pretende legalizar la investigación con embriones. Primero, señala que las personas podrán decidir destinar a la investigación los "embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios" de las técnicas (art. 12). En el mismo artículo 12, cuando se regula la necesidad de un acuerdo previo para el caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio o muerte, se incluye la donación para la investigación como uno de los posibles destinos. Por su parte, en el artículo 14 se prohíbe "la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación" (art. 14 inc. d).

Algunas reflexiones sobre estas disposiciones:

* En primer lugar, la posibilidad de utilizar embriones para fines de investigación conlleva su destrucción, lo que significa una clara afectación del derecho a la vida. De sancionarse esta norma debe ser calificada como inconstitucional. Entre otros motivos, podemos mencionar la definición del embrión como persona en todo el ordenamiento jurídico, la necesidad de que las investigaciones sean conforme a la moral y orden públicos, el hecho de que destruir embriones humanos afecta la dignidad humana [\(26\)](#). Además, en Argentina los embriones están protegidos por las disposiciones referidas al derecho a la vida. Permitir que se destruyan embriones significaría un retroceso en la aplicación del derecho a la vida, una regresión incompatible con el principio de progresividad en la aplicación de derechos humanos y con el principio pro homine.

* Por otra parte, subsiste el mismo problema interpretativo que hemos visto con anterioridad. El art. 12 en su redacción parece aplicarse sólo a los casos de "embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios", interpretación que se refuerza luego cuando se menciona a los "embriones conformados con material genético de ambos" (técnica homóloga). Consecuentemente, ello deja afuera de la aplicación de las normas sobre investigación con embriones a los embriones concebidos con aportes de gametos por terceros. Tal exclusión resultaría lógica si consideramos que al decidirse destinar el embrión para investigación, los resultados que se obtengan, especialmente en materia genética, pueden tener incidencia en la vida y la salud de los "aportantes de gametos", que serían terceros. Así, los que deciden dar los embriones para investigación estarían decidiendo no sólo sobre el embrión mismo, un ser humano distinto, sino también sobre la persona que aportó los gametos. Por todo ello, debe considerarse excluida la posibilidad de destinar a investigación con embriones concebidos con aportes de gametos de terceros.

* Nada se dice sobre la situación de los embriones no viables. El hecho de que la prohibición del art. 14 inciso d se refiera a los embriones viables, no permite inferir que experimentar con embriones "no viables" sea algo legitimado, máxime si consideramos la gravedad de lo que significa tal proceso de investigación.

* La prohibición de investigar sobre embriones viables también es muy débil, pues puede ser dejada de lado por la autoridad de aplicación.

* Si bien no se incluyó una prohibición de engendrar embriones para investigación, ello debe considerarse excluido por disposición del art. 2 de la ley 26862 que señala que la finalidad de las técnicas es la consecución de un embarazo.

* Sin embargo, tal posibilidad de concebir embriones para investigación se podría llegar a perpetrar a través de un fraude facilitado por la deficiente redacción del proyecto con media sanción. En efecto, las personas

podrían llegar a concebir embriones con gametos propios, crioconservarlos en los términos de los artículos 9 y 12, luego abreviar el plazo de crioconservación haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 13, y dar esos embriones a los fines de investigación. Una situación así sería una flagrante burla a la prohibición de generar vidas humanas para experimentación, pero sería posible por una interpretación literal de los artículos 12 y 13.

* La posibilidad de investigar sobre embriones humanos deja en evidencia que no se trata de simple material biológico. En efecto, mientras que los gametos son material genético del aportante, los embriones ya presentan un "cuerpo" distinto al de su padre y su madre. Son un individuo distinto (27). La decisión sobre la investigación no es una potestad de sus padres. Cuando se trata de investigar sobre sujetos incapaces como un ser humano en estado embrionario, la investigación tiene que ser en su beneficio y no tiene que tener riesgos. Estos requisitos no se cumplen en este caso.

* Sin perjuicio de lo antes dicho, y como ya adelantamos, se agravarían los problemas si se admitiera que los embriones concebidos en forma heteróloga sean destinados a la investigación. En tal caso, la investigación puede arrojar resultados, por ejemplo en genética, que son relevantes para el embrión investigado, pero además para su madre o su padre genético. Aún más, pueden resultar relevantes para familiares de los aportantes de gametos. De allí que quepa interpretar que no se podría siquiera dar esos embriones para investigación.

En síntesis, estamos ante un proyecto que encierra una gran desprotección de los embriones humanos, que quedan reducidos a material biológico disponible para experimentación. De allí que sostengamos su inconstitucionalidad.

n) Diagnóstico genético preimplantatorio

El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) es una controvertida técnica asociada a la fecundación extracorpórea y permite seleccionar los embriones en función de sus características genéticas. Mientras que la ley 26862 no había dispuesto nada sobre esta técnica y se la consideraba excluida, el proyecto con media sanción dispone al respecto: "Los centros de salud autorizados se encuentran habilitados para practicar técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio en los términos que fije la reglamentación" (art. 18).

El DGP actúa seleccionando embriones para los fines de determinar cuáles son mejores para su transferencia y cuáles no (28). Consecuentemente, la primera pregunta que surge es cuál será el destino de los embriones no elegidos en el DGP. Allí podemos tener dos opciones: si son "no viables" en los términos del artículo 14, surge la incertidumbre sobre su destino. Si los embriones que el DGP no elige son, sin embargo, viables, debe procederse a su conservación y rigen entonces las disposiciones antes descriptas.

De fondo, la legalización del DGP significa legalizar un mecanismo de discriminación genética. En efecto, los embriones humanos son seleccionados en función de sus características genéticas, asumiendo la ley una impronta eugenésica de graves consecuencias (29).

ñ) Traslado internacional de embriones

Entre los temas que no han sido considerados en la ley y que hoy tienen una enorme actualidad se encuentra el problema del traslado internacional de embriones. Como ejemplo se puede mencionar la Ley alemana referida a la situación de los embriones en el contexto de la importación y la utilización de células madre embrionarias humanas (Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen; BGBl. 2002 I, p. 2277), de 28 de mayo de 2002. De la lectura de esta ley, como así también de los Lineamientos de los NIH en Estados Unidos en su sección dedicada a la financiación de proyectos en base a células madre obtenidas en el exterior, además de la "cosificación" de la vida humana, se advierte que nuestros países corren el riesgo de convertirse en potenciales proveedores de "materia prima" para la investigación biotecnológica, con claro desprecio del valor de la vida en lo que podría constituir como un "colonialismo biotecnológico". Creemos que el legislador tiene que tomar nota del tema, particularmente en Argentina donde existe un importante desarrollo de las tecnologías reproductivas y por tanto una gran tentación de utilizar los embriones crioconservados sobrantes para fines de experimentación. Por supuesto, reiteramos que bajo las normas vigentes está prohibida la destrucción de embriones en nuestro país y su utilización en investigación, pero parece oportuno una norma más específica al respecto.

o) Autoridad de aplicación

La ley 26862 determina que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 3). El proyecto con media sanción reitera esa decisión en el artículo 21. Ahora bien, la novedad de la media sanción es la cantidad de materias que delega en la autoridad de aplicación. Veamos:

* Determina el protocolo a seguirse para el estudio clínico de los aportantes de gametos para terceros (art. 4)

- * Determina requisitos adicionales para el consentimiento informado de aportantes de gametos para terceros (art. 5).
- * Habilita los centros de salud que aplican la ley (art. 5).
- * Fija la compensación económica para los aportantes de gametos para terceros (art. 6).
- * Fija las condiciones para que el aportante de gametos para terceros pueda efectivizar el retiro de su muestra (art. 7).
- * Puede ampliar la cantidad de destinatarios de gametos o embriones y la cantidad de aportes que pueda efectuar un mismo aportante de gametos (art. 8).
- * Homologa nuevas técnicas de conservación de gametos o embriones (art. 9).
- * La reglamentación determina los parámetros a los que debe sujetarse la investigación con gametos y embriones humanos (arts. 11, 12 y 14).
- * La reglamentación determina los términos en los que se realiza el diagnóstico genético preimplantatorio (art. 18).
- * Recibe la información estadística sobre la aplicación de las técnicas, pudiendo ampliar los datos a brindar (art. 19).
- * Encomendar funciones al Registro Único creado por ley 26862 y cuyas funciones se amplían en el artículo 20 del proyecto con media sanción.
- * Convocar y conformar el Comité Asesor Honorario Ad Hoc (art. 22).
- * Procurar la expansión y desarrollo de las técnicas (art. 23).
- * Elaborar protocolos específicos para ser utilizados por los profesionales intervinientes en las técnicas (art. 24).
- * Determinar el seguro o garantía financiera que deben dar los centros de salud para responder por los daños causados por las técnicas (art. 25).
- * Aplicar sanciones administrativas para la comisión de infracciones (art. 27, 28, 29 y 30).

Vale preguntarse si no estamos ante un exceso de delegación, que traspasa los límites de la legalidad del artículo 28 de la Constitución Nacional. Creemos que sí y que el tema será motivo de planteos por las exorbitantes atribuciones concedidas al Poder Ejecutivo en una temática en la que está en juego la vida y la salud de las personas humanas.

p) Prohibiciones, responsabilidad e infracciones

El proyecto con media sanción enumera las "infracciones" (art. 26) que serán sancionadas, conforme un procedimiento administrativo (arts. 27 al 31).

Al respecto, la consideración de las infracciones como faltas puramente administrativas deja sin sanción toda una variedad de conductas en las que se pueden afectar muy seriamente la vida y la salud de las personas involucradas, ya sea los embriones, los beneficiarios o los aportantes de gametos. En efecto, si una persona sola en forma inescrupulosa se dedica a concebir embriones, quedaría fuera del ámbito de aplicación del sistema sancionatorio de la ley proyectada, pues esta ley apunta a faltas administrativas, se ejecuta a través de un sistema de sumarios y con sanciones administrativas.

La importancia de los bienes jurídicos en juego reclamaba una protección penal convergente con la protección administrativa. De otro modo, asistiremos a graves escándalos si se producen abusos biotecnológicos fuera de los ámbitos de centros de salud (o en los mismos centros de salud que aplican las técnicas). Imaginemos una persona que roba embriones congelados, o los destruye. ¿Qué pena merece? ¿Qué sucede si una persona se dedica a concebir embriones en serie y utilizarlos para investigación fuera de todo establecimiento autorizado? ¿Y en caso de una persona que se dedique a comerciar gametos fuera de los circuitos autorizados? Así podríamos seguir con infinidad de situaciones que escapan a los ajustados márgenes de aplicación de las sanciones puramente administrativas y que exigen una protección penal.

Igualmente, se ha omitido la prohibición de algunos experimentos particularmente graves, como la clonación, la partenogénesis, la hibridación, entre otros. Entendemos que ello debe considerarse excluido por aplicación del art. 2 de la ley 26862 que señala que las técnicas se emplearán con la finalidad de conseguir un embarazo, pero hubiera sido deseable una prohibición expresa, con sanciones penales.

Junto con las sanciones administrativas, hay que mencionar lo dispuesto por el artículo 25 referido a la responsabilidad civil: "Los centros de salud autorizados responden en forma solidaria por los daños a las

personas que se sometan al uso de las técnicas de fertilización asistida que ocasionaren los profesionales y el personal bajo su dependencia. Deben disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, conforme lo determine la autoridad de aplicación, para compensar económicamente a las personas y para el supuesto de que se produjera un daño que afecte el material genético crioconservado".

Algunas preguntas abiertas que tendrán que ser respondidas en futuros trabajos: ¿Sólo los centros autorizados responden solidariamente? ¿La responsabilidad abarca también los daños a los niños? ¿Sólo los daños del material genético crioconservado? ¿Cómo se interpreta esta responsabilidad en relación a los controles establecidos en los artículos 4 —sobre los gametos— y 18 —sobre los embriones a través del DGP-? ¿Quedan admitidas las acciones de wrongful life y wrongful birth?

3. Valoración crítica del proyecto de ley

A la luz de los desarrollos precedentes, podemos formular una breve y sintética valoración crítica del proyecto con media sanción en torno a algunos puntos más graves:

a) Desprotección del embrión humano y vulneración del derecho a la vida.

Numerosas disposiciones de la ley proyectada importan una desprotección del embrión humano y una grave afectación de su derecho a la vida. El "cese de la crioconservación", la distinción entre embriones viables y no viables, la posibilidad de utilizar embriones para investigación, la "donación" de embriones a los centros de salud, entre otras disposiciones, merecen este juicio.

Al respecto, el proyecto de ley no se pronuncia por el estatuto jurídico del embrión humano (30). De este modo, aunque para alguna parte de la doctrina el proyecto consideraría que la concepción se produce con la "implantación" (31), no existen en la ley proyectada normas explícitas sobre el punto. Es más, el hecho mismo de que en el debate se decidiera quitar la expresión "descarte" del texto del proyecto referido a los embriones, revela que el embrión humano merece un trato como persona que no es compatible con su "descarte". Adviértase que la expresión "descarte" subsiste en el artículo 11 que se refiere a gametos para terceros. Y en el contexto de la media sanción, los gametos no son equiparables a los "embriones", como puede advertirse en el ya mencionado artículo 7 que permite rescindir el contrato sobre donación de gametos siempre y cuando los mismos estén disponibles "por no haber sido utilizados para la consecución de técnicas de reproducción humana asistida". Cuando se han concebido "embriones", es decir, cuando se han "utilizado" los gametos, entonces ya no es rescindible la donación. Ello denota la nueva entidad que es el embrión humano, que no se puede equiparar a la suma de los gametos, pues se conforma una nueva unidad individual.

En relación al estatuto jurídico del embrión humano no implantado, siguen vigentes las consideraciones que se han hecho respecto a la firme tradición jurídica argentina que señala que la vida comienza desde la concepción, entendida como fecundación (32). En el primer momento en que se forma un cuerpo humano, tenemos un individuo humano y por tanto tenemos una persona humana. Tal conexión lógica no puede ser desmentida sin graves consecuencias sociales (33).

El principal argumento para sostener la desprotección del embrión humano no implantado es la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica". Al respecto, nos hemos referido en otras ocasiones al tema (34) y aquí sintetizamos muy brevemente nuestra opinión. En primer lugar, el contexto en el que la CIDH condena a Costa Rica es distinto al contexto de Argentina, pues aquí no hay prohibición de la fecundación in vitro. Además, la CIDH deliberadamente dejó fuera del caso "Artavia" los problemas más complejos de la FIV y otros temas (considerandos 134 y 135). Igualmente, de acuerdo al artículo 68.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Si un Estado no es parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye una "insoslayable" o "imprescindible" pauta de interpretación y por tanto los jueces se pueden apartar (como ya lo vienen haciendo) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión. Igualmente, afirmar que el embrión no es persona contradice el principio "pro homine". Por estos, y otros motivos, entendemos que la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH no resulta aplicable en la interpretación de las leyes argentinas sobre el embrión, de modo que el término "concepción" debe entenderse como "fecundación" y el embrión humano debe ser protegido jurídicamente como persona.

b) Afectación del derecho a la identidad

El proyecto con media sanción propone algunos límites a la técnica heteróloga. Sin embargo, la disociación entre la paternidad y la maternidad genética y la volitiva introduce una ruptura en la unidad de las dimensiones de la identidad del niño que no es justificada y que merece un serio reproche (35). El caso no es analogable con la adopción en este punto, pues la adopción procura resolver un problema sobreviniente en la identidad del niño,

mientras que la fecundación heteróloga provoca el problema. Entendemos que sólo la prohibición de la fecundación heteróloga resulta proporcionada con el resguardo del derecho a la identidad. Igualmente, el anonimato pretendido para el aporte de gametos agrava los problemas y las restringidas condiciones en que tal anonimato puede ser levantado, en los términos del art. 564 del CCyCU, no resultan suficientes para superar el reproche de afectación del derecho a la identidad (36).

c) Otros problemas

Otros problemas del proyecto con media sanción que hemos señalado a lo largo del artículo son: Excesivo poder delegado en la autoridad de aplicación; mala técnica legislativa y en particular confusa situación en relación al "aporte" de embriones, comparando con la ley 26862, el CCyC y los proyectos de ley que dieron origen a la media sanción; discriminación genética en el art. 15 en combinación con el 18; riesgo de embarazos múltiples en el art. 17; cuestiones de responsabilidad civil en la transmisión de enfermedades a la descendencia (art. 4); ausencia de sanciones penales; ausencia de normas sobre traslado internacional de embriones; etc.

4. Reflexiones finales

El presente comentario al proyecto de ley con media sanción ha estado centrado en un análisis de sus disposiciones, incluyendo la técnica legislativa y señalando algunos de los principales problemas involucrados. Como reflexión final, cabe constatar 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 salud y se impone una lógica biotecnológica que pretende convertir la vida en un mero material biológico disponible.

En tal sentido, cuando el legislador asume una aproximación desreguladora, que otorga primacía a la autonomía de la voluntad de los adultos y no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana, quedan vulnerados importantes valores personales y familiares que son exigencia del bien común y de la dignidad de la persona humana (37).

Particularmente grave es la cosificación del embrión humano que se constata en el proyecto con media sanción. El legislador en Argentina avanza hacia la conformación de un sistema legal que no sólo desprotege al embrión humano, sino que lo deja a merced de la codicia de los intereses biotecnológicos y de una lógica productiva. Ello resulta contrario a principios jurídicos, constitucionales y convencionales fundamentales.

Más allá de sus declamaciones, el proyecto de ley no cerrará los problemas que encierra la intermediación técnica en la procreación humana. Los problemas subsistirán porque se ha optado por dar prioridad a los intereses del mercado y al puro deseo reproductivo de los adultos y se ha postergado el interés superior del niño. Tales opciones necesariamente conllevan afectaciones de derechos. Está en juego algo tan decisivo como las formas en que se transmite la vida humana y ello no puede quedar a merced de procedimientos y criterios biotecnocientíficos. Hay valores humanos muy profundos implicados y, sobre todo, está en juego la misma dignidad de la persona humana.

(1) Entre las posturas críticas a la ley 26862 podemos mencionar: 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, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 46; BASSET, Úrsula C., "Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?", *La Ley* 2013-D, 872, AR/DOC/2112/2013; SAMBRIZZI, Eduardo A., "La Ley de Procreación Asistida recientemente sancionada", *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 3; MARRAMA, Silvia E., "Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862", *El Derecho*, 7 de noviembre de 2013, nro. 13.359, p. 1; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas", *ErreparNews*, Agosto de 2013. Por su parte, mencionamos algunos comentarios favorables a esa ley: KRASNOW, Adriana N. "Técnicas de reproducción humana asistida. La ley 26862 y el Proyecto de Código", *La Ley* 03/10/2013, p. 1, AR/DOC/3322/2013; MEDINA, Graciela, GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires", *La Ley* 2013-C, 1192; FAMÁ, María Victoria, "Incidencia de la ley 26862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas", *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 104; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción humana asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su

regulación", La Ley 08/08/2011, p. 1; HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia" La Ley 31/07/2013, p. 1.

(2) Entre muchos otros, ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, "Técnicas de reproducción asistida y el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 745; Quintana, Eduardo Martín, "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 el 14 de mayo de 2014", Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Noviembre de 2014, ISSN: 0325-4763.

(3) El presente artículo se enmarca en las tareas de investigación realizadas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Agradezco los valiosos aportes de los integrantes del Centro de Bioética, Persona y Familia para la corrección de este trabajo.

(4) Como hemos dicho en otras oportunidades, reafirmando nuestras disidencias de fondo con las técnicas de fecundación artificial, en el presente artículo analizamos los tópicos jurídicos implicados y sobre todo procuramos mostrar las complejas problemáticas y los dilemas a los que ineludiblemente conducen las técnicas, como así también la mala técnica legislativa del proyecto de ley con media sanción. Sobre el fondo del asunto nos remitimos a trabajos anteriores y sobre todo a Lafferriere, Jorge Nicolás, "Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente", Buenos Aires, EDUCA, 2011.

(5) Al momento de redacción de este artículo, el Congreso discute un proyecto de ley que propone el adelantamiento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial para agosto de 2015.

(6) Excede el alcance de este comentario profundizar sobre las mutaciones semánticas que se producen en esta temática. Ver al respecto Quintana, E. M. (2009). Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial [Versión electrónica], Prudentia Iuris, 66-67. Recuperado el 15/12/2014, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/sofismas-eufemismosfecundacion-artificial.pdf>. Tampoco nos detendremos en el carácter experimental de las técnicas y la necesidad de un principio de precaución: Andorno, Roberto, "The Precautionary Principle. a New Legal Standard for a Technological Age", Journal of International Biotechnology Law, 2004, n° 1, p. 11-19.

(7) Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y NASAZZI, Fernando José, "La prohibición de destruir embriones humanos o concebirlos con fines industriales, comerciales o de experimentación", XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 26 de septiembre de 2013, Comisión Nro. 1. En las conclusiones de esa comisión se sostuvo: "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".

(8) Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la Comisión Redactora en artículo explicativo de los alcances de la reforma, señala: "El Anteproyecto preveía la gestación por sustitución... Lamentablemente, la figura fue eliminada en una de las tantas modificaciones operadas en el camino a las que se hizo mención al comenzar este trabajo" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley, 8/10/2014, AÑO LXXVIII, N° 190, p. 1). En forma previa a la sanción del CCyCU, entre otros, se refirió al tema Galli Fiant, María M. "Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra", Microjuris, 11-mar-2013, MJ-DOC-6195-AR | MJD6195.

(9) Cortesi llama la atención sobre el caso de las personas que por decisión propia se colocaron en una situación de infertilidad y entiende que es "una incongruencia obligar a la obra social a financiar los costos de esta intervención (ley 26130) y más adelante obligarla a financiar un tratamiento de fertilización asistida" (Cortesi, María C., "Fertilización asistida: todavía una asignatura pendiente", Microjuris, 10-3-2014, MJ-DOC-6616-AR — MJD6616.

(10) Ver BASSET, Ursula C. "La necesidad de los que no pueden concebir naturalmente, ¿Encuentra respuesta en la ley de reproducción asistida?", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 29.

(11) Ver WARDLE, Lynn, "The Disintegration of Families and Children's Right to Their Parents", Ave Maria Law Review, Vol. 10, No. 1, Fall 211, p. 1-52 (quien se refiere a la decisión deliberada de crear un proyecto que priva parcialmente de alguno de los padres a un hijo —deliberate choice of partial parentlessness— y afirma que se trata de una forma de priorizar la autonomía de los adultos por sobre la responsabilidad parental).

(12) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las

técnicas de reproducción asistida", en *El juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, págs. 249-302.

(13) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa; BASSET, Ursula C. y LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "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", *El Derecho*, Tomo 245, p. 72.

(14) El art. 59 del CCyCU incorpora una norma sobre el consentimiento informado que repite casi textualmente a la ley 26529.

(15)

<http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/prensa/fertilizacion-asistida-solo-el-20-de-los-que-consultan-necesitan-tratamiento/> (último acceso: 28-11-2014)

(16) Human Fertilisation and Embriology Authority, Code of Practice, Guidance Notes, <http://www.hfea.gov.uk/335.html#guidanceSection3649> (último acceso: 28-11-2014)

(17) Ver LÓPEZ MORATALLA, Natalia, "El precio del "milagro" de los nacimientos por las técnicas de fecundación asistida", *Cuad. Bioét.* XXIII, 2012/2ª, p. 421-466; López MORATALLA, Natalia, "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida. La punta de un iceberg", *Cuad. Bioét.* XXIII, 2012/2ª, p. 467-527; DAVIES, Michael y otros, "Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects", *New England Journal of Medicine*, 5/5/2012, doi: 10.1056/NEJMoa1008095.

(18) Sobre el tema de las técnicas heterólogas, remitimos a nuestro trabajo LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico", en *Vida y Ética*, Revista del Instituto de Bioética de la UCA, Año 11, nro. 1, Buenos Aires, Junio de 2010, p.133-152.

(19) Ver LÓPEZ MORATALLA, Natalia, "Avances de la medicina perinatal y la creciente intolerancia a la discapacidad", *Cuad. Bioét.* XXIII, 2012/2ª, p. 529-564.

(20) Comentando la ley 26862, ver GARCÍA DELFINO, María Victoria, "Nuevas perspectivas sobre la financiación pública de las Técnicas de Reproducción Artificial. Comparación con la adopción", *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 78. En el plano internacional, el debate sobre el llamado "Baby Business" puede verse en Spar, Debora, "Building a Better Baby Business", 10 *Minn. J.L. Sci. & Tech.* 41; Robertson, John A., "Commerce & Regulation in the Assisted Reproduction Industry", 85 *Texas Law Review* 665-702 (2007); Krawiec, Kimberly D., "Altruism and Intermediation in the Market for Babies", 66 *Wash. & Lee L. Rev.* 203.

(21) http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_22.htm

(22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", *LA LEY* 27/11/2014, 27/11/2014, 1, AR/DOC/4369/2014.

(23) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 188, p. 993; Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados — Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes", *El Derecho*, Tomo 182, p. 1645. No entramos aquí a analizar la problemática de la "adopción" de embriones, que presenta fines nobles aunque subsisten cuestionamientos bioéticos de fondo.

(24) La expresión "donación" de embriones que adopta el proyecto con media sanción supone una perspectiva "cosificante" y contraria a la dignidad humana.

(25) Sobre las estadísticas de la fecundación artificial ver MARRAMA, Silvia, "Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014", *El Derecho*, Tomo 259, 02/10/2014, nro 13.580.

(26) La Gran Sala del Tribunal Superior de Justicia en la sentencia del 18 de octubre de 2011 en el caso "Brüstle, Oliver v. Greenpeace eV" resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Corte Federal de Justicia de Alemania) vinculada con la interpretación de la Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y la anulación de una patente alemana relativa a células progenitoras neuronales derivadas de células madre embrionarias. En su sentencia, el Tribunal define qué debe entenderse por "embrión humano" a los fines de la Directiva 98/44/CE sobre patentabilidad de las invenciones biotecnológicas y considera que, con fundamento en la dignidad humana, dicha Directiva excluye la patentabilidad de una invención cuando requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima (ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Tribunal de

Justicia de Europa define embrión humano y lo protege frente a patentes biotecnológicas vinculadas con células madre", en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 2012 (febrero), 54 — LA LEY 2012-A, 292).

(27) Ver GEORGE, Robert P., *Moral Pública. Debates actuales*, traducido por Miriam Rabinovich, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2009, p. 39-64.

(28) Ver LÓPEZ MORATALLA, Natali, LAGO FERNÁNDEZ-PURÓN, Marta y SANTIAGO, Esteban, "Selección de embriones humanos. Diagnóstico Genético Preimplantación comparado", *Cuad. Bioét.* XXII, 2011/2ª, p. 243-258.

(29) Para profundizar el tema, nos remitimos a nuestro trabajo: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio", *La Ley*, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, 163. Ver POSSETTO, Pablo C. "Un nuevo sí a la vida. El rechazo al pedido de cobertura de una práctica de diagnóstico genético preimplantatorio dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza", *Microjuris*, 23-oct-2014, MJ-DOC-6927-AR | MJD6927.

(30) Sobre las razones iusfilosóficas para reconocer el estatuto jurídico de persona al ser humano en estado embrionario ver Herrera, Daniel A., *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012.

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", *LA LEY* 27/11/2014, 27/11/2014, 1, AR/DOC/4369/2014.

(32) Sobre la interpretación del artículo 19 del CCyCU, nos remitimos al trabajo: Lafferriere, 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 de las Personas, Noviembre de 2014.

(33) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa y LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código", *ED*, 248-1024.

(34) Para mayor información al respecto, véase: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Tello Alonso, Juan, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", *La Ley* Suplemento Constitucional (en prensa); LAFFERRIERE, 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 LAFFERRIERE, 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; Quintana, Eduardo Martín, "Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)". *Comentario al fallo "Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica" — CIDH — 28/11/2012*", *Eldial.com*, DC19E9, 14-2-2013; FRANCK, María Inés "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados", *EDCrim*, 22/05/2013, nro. 13.243; PUCHETA, Leonardo, "Naturaleza humana como construcción del derecho. Reflexiones en torno al reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos", *EDCrim*, 23/05/2013, nro 13.244; 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. En el plano jurisprudencial, en lo relacionado con la postura sostenida en este texto, podemos mencionar las siguientes sentencias: 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.

(35) Ver BASSET, Úrsula C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", *La Ley*, 2011-1005. Alvaré, Helen M., "The case for Regulating Collaborative Reproduction: A Children's Rights Perspective", *Havard Journal of Legislation*, Vol. 40, No. 1, p. 1-63 .

(36) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, ZABALETA, Daniela B., "Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación", *La Ley*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VI, nro. 7, Agosto de 2014, p. 245-256.

(37) JACQUELINE A. ODERBERG, David S., "Artificial Reproduction, The 'Welfare Principle', And The Common Good", *Medical Law Review*, 13, Autumn 2005, pp. 328-356, doi:10.1093/medlaw/fwi022;

Fitzgibbon, Scott T., "The Law's Duty to Promote the Kinship System: Implications for Assisted Reproductive Techniques and for Proposed Redefinitions of Familial Relations", Boston College Law School, Legal Studies Research Papers Series, Research Paper 329, August 18, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482416 (último acceso: 15/12/2014).

Información Relacionada

Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ LEY DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA ~ PROYECTO DE LEY ~ DERECHO A LA SALUD ~ INFERTILIDAD ~ ENFERMEDADES ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ COBERTURA MEDICA