

Límites a la fecundación artificial con diagnóstico genético preimplantatorio en un fallo de la Cámara Federal de Salta(*)(), Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 260-315**

1

Introducción

La sanción de la ley 26.862 de cobertura integral de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida (en adelante LRA) estuvo signada por la ausencia de un debate serio y de fondo sobre las implicaciones jurídicas de la intermediación técnica en la procreación humana. Al colocarse el eje de la ley en la cuestión de la "cobertura" por el sistema de salud, se soslayaron las controvertidas y polémicas cuestiones subyacentes y en torno a las cuales se sucedieron numerosos proyectos legislativos desde hace más de 25 años.

Tal deliberada omisión legislativa necesariamente conduciría al surgimiento de litigios en torno a la admisibilidad misma de las técnicas, sus finalidades, sus alcances, y, en definitiva, sobre los límites de unas tecnologías que conducen nada menos que a la generación de nuevos seres humanos.

En este marco, la Cámara Federal de Salta aporta un oportuno fallo(1) en torno a la cuestión de los límites de la cobertura de la fecundación artificial. En este breve comentario presentaremos los hechos y los alcances de la sentencia comentada y nos focalizaremos en el análisis de la no inclusión del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) en la ley 26.862 y, también, en las consecuencias que significa habilitar la posibilidad de seleccionar embriones a través del DGP.

2

La sentencia comentada

2.1. Los hechos

Una mujer de 42 años, fértil, con una hija ya nacida sana, tuvo con la misma pareja una segunda hija afectada por una anomalía genética que le causó la muerte el mismo día de su nacimiento. A partir de esta fatalidad, se realizaron estudios y se afirmó que existía un riesgo de recurrencia de la anomalía por edad de la madre. Considerando su deseo de ser madre nuevamente y de "evitar la gestación de un embrión no viable", presentó un amparo solicitando la cobertura integral del 100% del costo del tratamiento de fertilización asistida in vitro (FIV) con el fin exclusivo de realizar un diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) y transferir a su seno un embrión libre de enfermedades, en particular del Síndrome de Edwards. Tal procedimiento suponía desechar el resto de los embriones que padecieran anomalías genéticas. Justificó su reclamo en la ley 26.862, afirmando tener base su pretensión en diversos derechos de rango constitucional.

En primera instancia, el juez hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y condenó a la obra social de Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) a que autorice la cobertura integral del 100% del costo de la FIV, aunque rechazó el pedido en cuanto se refería a la realización del DGP. Para el magistrado, "si bien se tiene presente que las prestaciones reclamadas en la demanda son complementarias entre sí, (...) son claramente diferenciales, por lo que no resulta contradictorio hacer lugar a solo una de ellas (FIV), en el entendimiento de que por la ley la actora tiene derecho a su cobertura por la demandada" (considerando VII de la sentencia de Cámara). El juez de primera instancia rechazó la cobertura del DGP por no estar previsto en la ley ni en su decreto reglamentario, que hace enunciación taxativa de las prácticas incluidas.

La obra social apeló la sentencia y, por su parte, la accionante solicitó el rechazo de la apelación.

2.2. La sentencia de Cámara

Luego de descartar un pedido de desestimación del recurso de apelación y de rechazar por extemporáneo un planteo de la parte actora referido a una vista dada por el juez de primera instancia, la Cámara Federal de Salta considera los agravios que alega la demandada contra la sentencia y hace lugar a la apelación al revocar la sentencia y denegar toda cobertura de la FIV y del DGP.

En el fallo de la Cámara, el punto central está referido a la "lógica del fallo" de primera instancia. La obra social se agravió de que "no resulta ajustada a derecho la admisión del reconocimiento de las técnicas FIV, si al mismo tiempo se desestima el requerimiento de cobertura del DGP. De un lado por existir entre estos procedimientos una relación de medio-fin, y, de otro, porque al haberse rechazado el DGP, circunstancia esgrimida por la actora en pos de la obtención de los beneficios de la LRA, con igual suerte debe correr este último pedido" (consid. IX).

La Cámara da la razón a la demandada y revoca la sentencia de primera instancia, con fundamento en los términos de la LRA, en el espíritu de la norma, en la doctrina y la jurisprudencia. En síntesis, considera la Cámara que "si bien la LRA extendió su alcance en orden a posibilitar la consecución de un embarazo más allá de los casos en que éste no es posible por causas naturales, sin embargo, no consigna dentro de la exhaustiva enumeración de las prácticas que comprende, contenida en su art. 8º, al DGP que es, en sustancia, el motivo de la pretensión de la actora, temperamento que según se vio, ha sido expresamente refrendado por el legislador y resaltado por la doctrina especializada incluso dentro de la amplia pluralidad de pareceres que esta última sustenta sobre todo lo concerniente a la LRA" (consid. IX e).

A partir de la decisión de la Cámara, nos permitimos centrar este breve comentario en dos temas: la inclusión o no del DGP en la cobertura prevista por la ley 26.862 y las consecuencias que tendría admitir la posibilidad de seleccionar embriones a través del DGP.

3

La ley 26.862 no incluye la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio

Como hemos visto, la sentencia de Cámara considera que hubo un quiebre lógico en la decisión de la primera instancia: en el caso, la pretensión de realizar una técnica de fecundación in vitro estaba necesariamente vinculada con la posterior selección de embriones a través del DGP y, por tanto, haber dispuesto judicialmente la cobertura de la FIV sin el DGP constituyó una decisión errónea. Para la Cámara, la pretensión de hacer una FIV para seleccionar embriones se encuentra excluida de cobertura bajo la ley 26.862. No se trataba de conceder la FIV sin DGP, sino de denegar una FIV que estaba asociada al DGP. Para decidir así, la Cámara sostuvo que el DGP no está incluido en la ley 26.862 de reproducción humana médicamente asistida y se basó en la letra y el espíritu de la LRA y en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Veamos estos argumentos:

a) En cuanto a la letra de la LRA, explica la Cámara que solo se incluyen los procedimientos y las técnicas realizados con asistencia médica "para la consecución de un embarazo" (art. 2º). Por tanto, con fundamento en esa restricción, se señala en la sentencia que "el propósito del legislador fue el de regular el acceso a las prácticas en cuestión dirigidas a "alcanzar" un embarazo, esto es, a colaborar con un proceso reproductivo. Se descartan, en consecuencia, otras posibilidades de utilización de las técnicas, tales como la experimentación, investigación o, como en el caso, la selección de embriones con determinadas características genéticas" (consid. IX a). Además, el DGP no está consignado en el art. 8º de la LRA, que indica las prácticas alcanzadas por la cobertura.

b) En cuanto al "espíritu de la ley", entiende la sentencia que "del pertinente debate parlamentario surge la conciencia y decisión plena del legislador de no expedirse sobre el punto" (consid. IX b). Con citas de los legisladores que intervinieron en el debate, reconstruye una "nítida decisión legislativa de no abordar y menos introducir el tópico", máxime que había sido incluido expresamente en dos de los proyectos que sirvieron de antecedentes a la LRA.

c) En cuanto a la doctrina, recuerda que se afirmó que lo referente al DGP fue una "ausencia consciente" y que no hubo un pronunciamiento sobre la cobertura de la selección de embriones.

d) También en punto a la jurisprudencia, cita un fallo de la Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, el 18 de septiembre de 2013, en la causa "L. E. H. c. O.S.E.P s/acción de amparo" que también resolvió rechazar un pedido de cobertura de un DGP. Es importante remarcar que esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de la Suprema Corte de Mendoza el 31 de julio de 2014.

La sentencia de Salta considera necesario remarcar que "no desconoce la gravísima situación que atraviesa la amparista, quien en su loable afán de dar vida ha hallado en la norma un intersticio que pueda solventar la compleja circunstancia por la que atraviesa. Pero reconocido lo anterior, también debe recordarse que no es función del Poder Judicial subrogarse en las facultades inherentes al Congreso de la Nación".

En síntesis, la Cámara aporta un importante antecedente que consolida la interpretación de la ley 26.862 en el sentido de no considerar incluido al DGP entre las prestaciones cubiertas por esa norma.

Las consecuencias del diagnóstico genético preimplantatorio más allá de la ley 26.862

En la sentencia comentada, se rechaza la demanda con fundamento en que la ley 26.862 no incluye la cobertura del DGP. Tal decisión ofrece una buena oportunidad para realizar una ponderación de dicha práctica, de tal manera que podamos llegar a algunas conclusiones que incluso se refieren al DGP en sí mismo, más allá de la pretensión de cobertura en el marco de la ley 26.862.

* ¿Qué es el Diagnóstico Genético Preimplantatorio?: el DGP es un estudio genético que se realiza al embrión recién fecundado a fin de conocer si presenta alguna patología genética. Se realiza a través de una biopsia de las blastómeras, de los cuerpos polares o del embrión en fase de segmentación. La obtención de células embrionarias permite, con la ayuda de la técnica conocida como PCR (polymerase chain reaction), analizar segmentos del ADN para estudiar la presencia de defectos genéticos. También se puede realizar un análisis del cariotipo a través de la hibridización in situ fluorescente (FISH).

* Selección y descarte de embriones: el DGP tiene por finalidad seleccionar los embriones que presentan alguna característica no deseada para eliminarlos, o bien seleccionar algunos embriones que presentan alguna característica deseada para que sean transferidos. En ambos casos, los embriones descartados o sobrantes son eliminados, destruidos o destinados a investigación.

* Sistemática eliminación de embriones humanos: el DGP conlleva la necesidad de la concepción de un alto número de embriones para realizar la selección. En la causa mendocina se recoge un testimonio que señala que hubiera sido necesario hacer el DGP sobre al menos "quince embriones". No se trata de buscar un hijo. Se trata de concebir muchos para elegir el "deseado". Deliberadamente se crean vidas humanas para someterlas a un estudio genético que se convierte en una suerte de "control de calidad". Esos embriones que no pasan el "control" son privados del "derecho a nacer" y del derecho a la vida.

* Discriminación genética: el DGP se convierte en un sofisticado mecanismo de discriminación entre las personas humanas de tal forma que los embriones humanos "sanos" son los que pueden continuar viviendo y los embriones humanos "enfermos" son eliminados. Se trata de la más radical y excluyente discriminación: los que son considerados "no aptos" en razón de sus características genéticas son directamente eliminados.

* El DGP no es acto médico para el embrión enfermo: el DGP en realidad no es propiamente un acto médico de diagnóstico para el embrión enfermo, pues se utiliza para determinar qué embriones padecen una enfermedad para ser luego eliminados. Por carecer de una finalidad terapéutica (matar nunca es una forma de terapia), el DGP no puede ser considerado como un acto médico.

* ¿Diagnóstico o tamizaje?: incluso, cabe preguntarse si lo que se pretendía realizar en el caso que comentamos es un "diagnóstico" o un "tamizaje" (screening). En realidad, cuando se trata de un diagnóstico, se busca una enfermedad precisa (en este caso para eliminar a la persona). Según se señala en la sentencia de Salta, en el expediente se quería evitar que naciera un niño con el Síndrome de Edwards (trisomía 18), aunque también se mencionan las trisomías 13 (Patau) y 21 (Down).

* Cariotipo normal de los padres y DGP: por otra parte, el caso de Salta no se vincula con una enfermedad transmisible genéticamente, sino con la posibilidad de ocurrencia de una enfermedad por la edad avanzada de la madre. En el caso que comentamos, la perspectiva de "evitar la transmisión de una enfermedad grave" al hijo estaba fundada únicamente en la edad avanzada de los padres, dado que ellos no solo eran fértiles, sino que presentaban "cariotipos normales". Al respecto, la técnica no evitaría la concurrencia del Síndrome de Edwards o algún otro en la concepción del nuevo niño, sino que el DGP solo permite seleccionar los embriones con anomalía cromosómica para no ser implantados, por lo tanto, estos son congelados o descartados.

* Pendiente resbaladiza: inicialmente se pretende legalizar el DGP para detectar y descartar los embriones con enfermedades graves e incurables. Pero prontamente tal autorización se va ampliando a otras enfermedades, en lo que se conoce como una "pendiente resbaladiza" (Andorno) y, progresivamente, el uso del DGP se amplía a todo deseo que manifiesten los padres.

* Presión sobre los padres para seleccionar a sus hijos: permitir legalmente el DGP tiene graves y profundas consecuencias sociales. Aunque inicialmente se afirma que el DGP es por pedido de los requirentes, la expansión de este estudio genera una creciente presión sobre los futuros padres. Primeramente, se pretende que recurran al DGP por su propia voluntad quienes pueden transmitir una enfermedad grave a la descendencia. Luego, el sistema mismo presiona para que esas personas recurran al DGP, incluso si son fértiles, procurando condicionar su decisión para que

eviten la transmisión de esa posible enfermedad. La presión se opera por distintos medios: por los médicos, que temen una acción de mala praxis posterior; por la obra social o prepaga, que puede pretender negar cobertura a quien naciera con tal patología si ello podía ser prevenible; por otros seguros o personas que tuvieren interés en no asumir los "costos" del nacimiento de una persona enferma.

* Impronta eugenésica: el DGP constituye uno de los medios que hacen posible una nueva "eugenesia", es decir, una búsqueda de la mejor raza. Esta selección eugenésica puede realizarse tanto por la eliminación de los considerados "no aptos" (los descartables), como por la búsqueda de ciertas características deseadas.

* El argumento expresivista: igualmente, cuando se permite descartar embriones humanos por presentar alguna patología, se envía un mensaje a las personas ya nacidas con esa patología. Es como si se les dijera: "Tu vida no merece ser vivida"; "Tú te has escapado, pero si hubieramos tenido la oportunidad habríamos evitado que nazcas". Todo ello configura lo que se denomina el "argumento expresivista" que los movimientos por los derechos de las personas con discapacidad denuncian con referencia a la expansión del diagnóstico prenatal asociado al aborto y también al DGP.

* El DGP y la selección del sexo de los hijos: una de las finalidades para las que se recurre al DGP es para "elegir" el sexo de los hijos, con experiencias internacionales de notorio desbalance entre varones y mujeres (China, India). Numerosas voces señalan los problemas de esta discriminación contra las mujeres con base en el DGP.

* El DGP y el "bebé medicamento": también se usa el DGP para concebir niños que sean "dadores" de tejidos para hermanos vivos con alguna enfermedad, en lo que se conoce como "bebé medicamento". Esta práctica supone una instrumentalización de la vida humana y un complejo problema de identidad en el niño así concebido, además de otros cuestionamientos bioéticos.

* El DGP y el derecho del niño a un "futuro abierto": en tanto el DGP supone fijarle las características genéticas a la descendencia, es criticado por afectar el derecho del niño seleccionado a tener un "futuro abierto" y no ser condicionado en su genética por los padres.

En definitiva, cabe preguntarse por la legitimidad misma del DGP. Por las razones antes mencionadas, sostenemos su ilegitimidad, por violentar la igualdad ante la ley y constituir una forma

de discriminación, violar el derecho a la vida y resultar contrario a la dignidad humana.

5

El diagnóstico genético preimplantatorio y el caso "Artavia Murillo"

Muy acertadamente en la sentencia de Salta no se menciona el tema de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica". La referencia a ese fallo, en cambio, aparece en las sentencias de Mendoza (especialmente en la de la Suprema Corte). Al respecto, y como ya hemos dicho más extensamente en otro comentario sobre un fallo de la misma Cámara Federal de Salta(2), entendemos que no resulta aplicable a nuestro país lo resuelto por la Corte IDH en "Artavia Murillo", y menos resulta aplicable como fundamento para aplicar el DGP.

En forma sintética, podemos resumir los siguientes fundamentos para tal afirmación:

a) El diferente contexto de la Argentina y Costa Rica: la CIDH condena a Costa Rica porque consideró que vulneraba el derecho a la vida privada y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal; el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva; el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación; la prohibición de la fecundación in vitro con fundamento en la protección absoluta del derecho a la vida. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro, más allá de las importantes críticas que tal ley nos merece. Y, en "Artavia", lo que se discutía eran casos de matrimonios infértiles que recurrían a la fecundación in vitro y ninguno alegó la necesidad de un DGP.

b) La Corte IDH deliberadamente dejó fuera del caso "Artavia" los problemas más complejos de la FIV: en el capítulo VII del fallo "Artavia", la Corte IDH expresamente deja en claro que algunos argumentos presentados por Costa Rica no fueron considerados por la Corte de manera directa. De esta manera, cabe concluir que la discusión de estos puntos puede dar lugar a una nueva evaluación de la situación de la fecundación in vitro. Los temas mencionados en el punto 134 de la sentencia son: "i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de

embriones; y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica".

c) Argumento del art. 68.1 de la Convención Americana: dado que la Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la Corte IDH, no puede considerarse vinculante tal decisión, dado que de acuerdo con el art. 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. Asimismo, si bien nuestra Corte Suprema(3) ha reiterado en diversas oportunidades que para la Argentina la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una "insoslayable" o "imprescindible" pauta de interpretación, es solo eso: una "pauta de interpretación" de la cual los jueces se pueden apartar (como ya lo vienen haciendo) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión.

d) No desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno: las graves implicaciones del DGP –afectación del derecho a la vida y de la dignidad humana, discriminación, violación de la igualdad, perspectivas eugenésicas, etc.– obligan a considerar su prohibición. Pretender imponer el DGP por aplicación de una sentencia de la Corte IDH como "Artavia Murillo" no es aceptable porque implicaría "desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno". En tal caso, ni siquiera el fallo condenatorio contra el propio Estado sería obligatorio, siguiendo en este punto el dictamen del procurador en la causa "Acosta", que, a su vez, cita el voto del juez Fayt en la causa "Derecho".

e) La sentencia "Artavia" contradice el principio pro homine: en línea con lo anterior, sostenemos que la sentencia de la Corte IDH en "Artavia Murillo" resultó contraria al principio pro homine que se considera establecido en el art. 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: "Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". La interpretación que hizo la Corte IDH en la sentencia respecto de la condición jurídica del embrión no implantado resultó en una limitación de sus derechos, pues, si hasta entonces el común entendimiento del art. 4º de la Convención cubría la protección de todo ser humano desde el momento de la concepción (fecundación), hoy la Corte IDH ha señalado que tal resguardo ha de comenzar en un momento posterior, en la implantación. ¿No suprime la interpretación de la Corte IDH el goce del derecho a la vida en el período preimplantatorio?; si la concepción-fecundación y la concepción-implantación fuesen incluso interpretaciones viables al interior del art. 4º de la Convención, cosa que no creemos, ¿no debería preferirse aquella más protectora en vistas del principio pro homine?, esto es, la interpretación concepción-fecundación. Lamentablemente, en la sentencia "Artavia Murillo", el embrión humano no implantado es claramente excluido de la aplicación de la Convención(4).

f) El término "concepción" y su interpretación: otros argumentos que fundan la inaplicabilidad del fallo de "Artavia Murillo" se refieren a una correcta interpretación del término "concepción". Sin entrar a fondo en el tema, pues ello excedería el acotado marco de este comentario, podemos recordar que la Corte IDH concluyó que el término "concepción" equivalía a "implantación". Sin embargo, existen muy fuertes fundamentos para sostener que ello no es así, especialmente en el derecho argentino, y que la concepción es un término que siempre fue interpretado y corresponde que sea interpretado como el primer momento de existencia de un ser humano: la fecundación. Los argumentos de la Cámara Federal de Salta en la citada sentencia de julio de 2013 son muy claros al respecto.

g) La sentencia "Artavia Murillo" contradice la tradición jurídica latinoamericana: se ha demostrado cómo la sentencia "Artavia Murillo" resulta contraria a la tradición jurídica de los países latinoamericanos en punto al comienzo de la existencia de la persona humana, tradición que se vio reflejada como característica regional propia al momento de redactar la Convención Americana (1969), pues a la fecha es el único tratado de derechos humanos que explícitamente ha incluido la protección de la vida humana desde el momento de la concepción(5). Asimismo, se ha demostrado cómo la sentencia se aparta, en lo que concierne al derecho a la vida, de las sentencias anteriores de la misma Corte IDH(6).

h) Arbitrariedad de la sentencia: se ha denunciado la arbitrariedad de la sentencia de la Corte IDH en "Artavia" "porque, entre otros, declaró que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos y redefinió la "concepción" como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización, que es el sentido corriente que se le da al término, dejando así a los embriones humanos creados en tubos de ensayo completamente desprotegidos por la Convención Americana, tratado que explícitamente protege la vida del no nacido"(7). Y es que, como resulta obvio, si de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados un "tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin", no es comprensible cómo la Corte IDH ignora la literalidad del art. 4º de la Convención, que explícitamente señala el inicio de la vida humana con la "concepción" (entiéndase "fecundación", tal y como se comprendió durante su adopción en 1969), aduciendo más bien que por tal término debemos comprender "implantación". Además, existió un evidente conflicto de intereses entre la Corte y el perito que otorgó los elementos sobre los que se basó la sentencia, pues este perito realiza en su país fecundación in vitro y, por tanto, tenía intereses claros en obtener una sentencia a la medida de sus negocios(8).

Aunque no es objeto del presente comentario, no podemos dejar de mencionar el voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde en la mencionada sentencia de la Suprema Corte de Mendoza cuando sostiene, entre otras razones:

"El mencionado fallo "Artavia Murillo vs. Costa Rica", como bien lo pone de manifiesto el voto del Dr. Nandrea, trata sobre otra situación jurídica que nada tiene que ver con la ventilada en autos, pues el tema a decidir en aquél era sobre la prohibición absoluta del método ICSI. No tenía por objeto el tema que, obiter dictum, introduce el Tribunal Internacional acerca de cuándo comienza la existencia de la "persona". No considero que este sea el punto a decidir, pues son muchas las soluciones jurídicas acerca de esa determinación y no parece decisiva para precisar desde cuándo se debe proteger la vida humana y su dignidad.

"En otras palabras, una interpretación favorable a que este Tribunal posibilite la financiación por la obra social oficial de nuestra provincia de la experimentación y seguro descarte de embriones, que desconoce la obligación que nos compromete a su preventiva protección como vida humana, no condice y es contrario al texto y a los principios de la Constitución Nacional y violentan el propio art. 75, inc. 22, CN que fue su vehículo formal de introducción en nuestro sistema jurídico"(9).

En síntesis, entendemos que "Artavia Murillo" no puede ser usado para legitimar toda aplicación biotecnológica vinculada con la vida humana. Y ello no solo porque no se aplica a nuestro país y porque se trata de una sentencia que resultó injusta, en tanto privó a una categoría de seres humanos de protección jurídica en manifiesta contradicción con el principio pro homine, sino también porque la misma Corte IDH reconoce los acotados temas que tuvo en consideración al momento de dictar esa sentencia. Pretender extender sus consecuencias a toda aplicación biotecnológica afecta la misma división de poderes a partir de una deformación de las reglas de la actuación judicial. Un tribunal judicial no puede transformarse en legislador y ello estaría ocurriendo en los hechos si bajo el pretexto de aplicar "Artavia Murillo" se quisiera legitimar todo tipo de desarrollo biotecnológico, incluso aquellos que ni siquiera estuvieron en consideración en la sentencia de la Corte IDH.

Reflexiones finales

Como reflexión de fondo debemos constatar que, en última instancia, todas las técnicas de fecundación humana artificial extracorpóreas, al concebir un alto número de embriones fuera del seno materno, requieren de suyo algunos criterios de selección de los embriones que serán transferidos. Estos criterios, denominados embryo scoring, se ordenan hacia una selección que priva a algunas vidas humanas (las que no alcanzan los niveles de calidad fijados) de la posibilidad de continuar su normal desarrollo. Desde ya, el reproche se torna más grave cuando esos

embriones no transferidos son descartados de forma deliberada.

Por supuesto, en tal contexto, el DGP asociado a la secuenciación completa del genoma humano ha significado un cambio sustancial en las reales posibilidades de "selección de embriones". Mientras que antes la selección embrionaria de la FIV se hacía por simple observación de las características morfológicas, ahora se recurre a las características genéticas y, por tanto, se obtiene mucha y significativa información sobre el nuevo ser. El DGP significa un primer paso hacia la concreción de la pretendida fijación de las características de la descendencia, en lo que muchos llaman los "bebés de diseño". Ciertamente, todavía no se puede "programar" al nuevo ser como si fuera una cosa producida en una fábrica, pero el DGP otorga un poder muy decisivo como instancia de "control de calidad" del nuevo niño. Las consecuencias de tal poder son impredecibles y de vastas proyecciones no solo sobre la problemática de las personas con infertilidad, sino sobre toda la dinámica de transmisión de la vida humana.

La sentencia de la Cámara Federal de Salta es clara en señalar que el DGP no ha sido incluido en la controvertida ley 26.862 sobre el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida y, por tanto, no puede obligarse a su cobertura por las instituciones de salud. Más aún, por las razones presentadas, entendemos que el mismo DGP es un procedimiento ilegítimo y no admisible en el derecho argentino.

En definitiva, el análisis pormenorizado del DGP deja en evidencia que la fecundación artificial, especialmente la extracorpórea, conlleva una lógica productiva en la transmisión de la vida, de tal modo que el niño que finalmente nace no es el fruto de la donación mutua del varón y la mujer, sino el resultado de un hacer técnico que considera a la nueva vida como un "producto" y crea mecanismos de "control de calidad" para garantizar ciertas cualidades deseadas. Tal impronta biotecnocientífica resulta contraria a la dignidad de la vida humana y a la originalidad de la transmisión de la vida y es de esperar que los poderes públicos hagan valer las herramientas para poner límites a un poder biotecnológico que deshumaniza. Las sentencias de Salta y de Mendoza que hemos comentado han dado un paso en tal sentido.

VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - MENORES - DERECHOS HUMANOS - FILIACIÓN - TRASPLANTE DE ÓRGANOS HUMANOS - DERECHO CIVIL - CONTRATOS - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - FAMILIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados.

Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, Ursula C. Basset y Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 245-72; ¿Cuándo y cómo comienza la vida humana?, por Diana Radakoff de Doldán, ED, 245-1219; ¿Qué es la fecundación artificial?, por Virginia Perera, ED, 245-1223; El embrión humano, ¿es un ser humano?, por Siro De Martini, ED, 245-1130; ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, por Silvia Marrama, ED, 245-1251; El interés superior del niño "congelado", por Alejandro C. Molina, ED, 246-681; ¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?, por Gabriel Mazzinghi, ED, 248-831; En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero, por Jorge Benjamín Aquino y Pedro José María Chiesa, ED, 252-1039; El embrión invisibilizado ante los intereses de los adultos y los laboratorios biotecnológicos. Primer análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación in vitro y la vida humana, por María Inés Franck y Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 251-841; La impronta eugenésica del diagnóstico genético preimplantatorio, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 257-930. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

()** Agradezco a Juan Alonso Tello Mendoza los comentarios y aportes para la elaboración de este comentario.

(1) CFed. Salta, "M., I. N. c. OSDE s/amparo ley 16.986", 19-6-14, Expediente N°: FSA 000135/2014.

(2) Lafferrière, Jorge N., Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano, Doctrina judicial, La Ley, Año XXX, N° 06, 5-2-14, págs. 21-38.

(3) Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad" (14-6-05), párr. 17; caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad" (13-7-07), párr. 20; caso "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo" (31-8-10), párr. 8°.

(4) Ver Nieto, María B. - García Delfino, María V., La aplicación del principio 'pro homine' en la determinación del comienzo de la persona humana, ponencia en la Comisión n° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2013.

(5) Rosas, Carolina - Franck, María I., "Artavia Murillo" y la tradición jurídica de los países latinoamericanos acerca del comienzo de la existencia de la persona, ponencia en la Comisión n° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013, disponible en www.jndc.com.ar. Ver Carranza Latrubesse, Gustavo, Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso "A. M. y otros c. Costa Rica"), comentario al fallo "A. M. y otros c. Costa Rica", eDial.com, DC19EA, 14-2-13.

(6) Herrera, Daniel A. - Lafferrière, Jorge N., ¿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, Sup. Const. 2013 (abril), 9-4-13, 16 - LL, 2013-B.

(7) De Jesús, Ligia M. - Oviedo Álvarez, Jorge A. - Tozzi, Piero A., 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, n° 75, junio 2013, págs. 135-164.

(8) Paúl Díaz, Álvaro, La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso "Artavia", EDCrim, 22-5-13, n° 13.243. Un análisis científico del caso puede verse en Koch, Elard, Corte Interamericana y el inicio de la vida: un acto de acrobacia inconsistente, publicado en

<http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/> (último acceso: 12-11-13).

(9) SC Mendoza, sala I, 31-7-14, "L. E. H. c. O.S.E.P. s/acción de amparo".