

¿Está permitido el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en Argentina?

Is Preimplantation Genetic Diagnosis allowed in Argentina?

María del Pilar de Olazábal

Voces: Diagnóstico Genético Preimplantatorio ~ Ley 26 862 ~ Derecho a la Vida ~ Infertilidad ~ Cobertura Médica ~ Bioética

Key Words: Preimplantation Genetic Diagnosis ~ Act n°26.862 ~ Right to life ~ Infertility ~ Health Insurance ~ Bioethics

RESUMEN

Teniendo como base la causa caratulada LEH c/ OSEP s/ Amparo (n° 110.803), la Ley 26.862 - Reproducción Medicamente Asistida- y otros argumentos, este trabajo busca fundamentar por qué no debe considerarse admisible el diagnóstico genético preimplantatorio en el ordenamiento jurídico argentino.

Surge el interés respecto de esta cuestión por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (01/09/2015) en la citada causa. En dicho fallo el Tribunal declara que el DGP no está incluido en la Ley 26.862 pero no profundiza sobre el fondo de la cuestión.

El DGP se realiza en nuestro país, pero no es cubierto por el Programa Médico Obligatorio. Por lo tanto, se efectúa aún sin estar admitida la práctica por los sistemas de cobertura de la salud.

¿Es una práctica que está permitida en el ordenamiento jurídico vigente?

El trabajo desarrolla los motivos por los cuales entiendo debería considerarse prohibido el DGP en el ordenamiento jurídico vigente. En apretada síntesis, porque vulnera el derecho a la vida, principio básico de todo ser humano, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

ABSTRACT

Basing myself on the lawsuit LEH against OSEP request for defense (n° 110.803), on Act n°26.862 -Artificial Reproduction- and on other arguments, I explain why the "Preimplantation Genetic Diagnosis"(PGD) should be considered inadmissible in Argentine legal system. The interest in this issue arises from the sentence given by the Supreme Court (09/01/2015) on this case. In it, the Supreme Court just declares that the Act n° 26.862 does not include the PGD. Although in our country medical insurance companies do not pay for these studies they are carried out, anyway. So, should we allow this medical practice? Taking into account different views, I state in this paper the reasons why it should be forbidden. It is of great importance to highlight that the PGD violates the right to life, the right to equality and discriminates a great number of embryos.

I. INTRODUCCIÓN

La señora EDV y el señor EHL contrajeron matrimonio en el año 2009. Desde allí intentaron concebir un hijo numerosas veces por métodos naturales. Al advertir que era imposible lograr un embarazo deciden consultar un médico, quien les recomienda diversas técnicas de fertilización asistida. Hacia fines del 2011, ya habían atravesado 4 intentos de estos últimos, pero todos ellos fueron infructuosos.

Ante esta situación a comienzos del 2012 resuelven consultar a un médico genetista. El mismo constató que el Sr. L. *tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto inter cromosómico. Esto último originaría embriones anormales y/o “nacidos” con cromosomopatías. En tal marco, se les indicó acudir al Diagnóstico Genético Preimplantatorio (en adelante DGP) para poder “solucionar” el problema de infertilidad. Esta técnica les permitiría seleccionar embriones “sanos” para ser transferidos.*¹

Luego de esta consulta, y al reparar en que la técnica conocida como DGP, aplicada en conjunto con la fecundación in vitro, era la que les permitiría tener un hijo, el 4 de diciembre del año 2012 mandaron una carta documento a la Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza (en adelante OSEP) solicitando la cobertura del DGP. Este debía ser realizado en Buenos Aires ya que no había prestadores para realizarlo en la provincia de Mendoza. El matrimonio solicitaba que OSEP cubra el 100% del tratamiento hasta lograr que la señora V quede embarazada.

Ante la falta de respuesta, el 18 de diciembre del mismo año deciden interponer una acción de amparo contra la obra social.

Este caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dictó sentencia rechazando la acción el 1ro. de septiembre de año 2015, en el expediente caratulado como “LEH y otro c/ OSEP p/ ACCIÓN DE AMPARO p/ APELACIÓN s/ INCONSTITUCIONALIDAD”.

Este fallo resulta de interés porque la CSJN resolvió que el DGP no está incluido en la Ley 26.862 –Ley de Reproducción Médicamente Asistida-, pero no expresa nada sobre el fondo de la cuestión.

Veremos que los amparistas no tuvieron éxito en ninguna de las instancias a las que recurrieron. Sin embargo, el DGP se realiza en nuestro país y ello despierta algunas preguntas: ¿es una práctica que debemos considerar autorizada aún sin estar cubierta por los sistemas de salud? ¿Está prohibida? Responder a estos interrogantes es el objetivo de este trabajo.

¹ Lafferrière, J. N. (2015). “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/4009/2015. Pág. 1.

Antes de avanzar, parece oportuno presentar sintéticamente qué es el DGP y cuáles son sus alcances. El DGP (...) consiste en “remover una célula (o células) de cada embrión de una cohorte concebida in vitro, para realizar un estudio diagnóstico genético y luego transferir hasta tres de los embriones que no están afectados con la esperanza de establecer un embarazo”.²

La palabra “diagnostico” es de origen griego, y está asociada a la acción de “conocer”, de “discernir”, pero este discernimiento tiene consecuencia de carácter moral y filosófico que van mucho más allá de la medicina y de la ciencia.³

Si bien se habla de un “diagnóstico”, en realidad estamos ante un mecanismo de selección de vidas humanas en el que no se busca la cura del “diagnosticado”, sino que se concreta una forma radical de “control de calidad”. (...) Luego del DGP se transfieren solos los embriones que superaron tal “control (...)”.⁴

Entre las características que presenta (...) podemos señalar:

- Se orienta a la selección de embriones humanos según ciertos parámetros fijados de antemano y que no sólo se vinculan con la salud, sino que pueden estar en función de la determinación del sexo o de otras características del hijo.
- Supone siempre la no transferencia de los embriones considerados “no aptos”, los que generalmente serán eliminados. (...) Su utilización importa, la afectación del derecho a la inviolabilidad de la vida.⁵

Habiendo definido esta técnica junto con sus características, profundizaré los aspectos legales por los cuales se desprende que el DGP no debe considerarse admisible jurídicamente en nuestro país. Para ello tendré en cuenta la Ley 26.862, los proyectos de ley existentes en el Congreso y el fallo de la Corte Suprema en la causa LEH c/ OSEP. También analizaré cómo afecta el DGP al derecho a la vida y a la igualdad ante la ley.

² Lafferrière, J. N. (2011). *Implicaciones Jurídicas del Diagnóstico Prenatal. El concebido como hijo y paciente*. 1era edición. Buenos Aires, Ed. EDUCA. Pág. 519.

³ Mukherjee, S. (2017). *El Gen. Una historia personal*. 3era edición. Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial. Pág. 536.

⁴ Cf. Lafferrière, J. N. “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”. Ob. Cit. Pág. 1.

⁵ Cf. Lafferrière, J. N. *Implicaciones Jurídicas del Diagnóstico Prenatal. El concebido como hijo y paciente*. Ob. Cit. Pág. 521.

II. LEY 26.862

El 5 de junio de 2013 el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionan la Ley 26.862, de *Reproducción Medicamente Asistida*. La misma fue promulgada de hecho el 25 de junio de ese mismo año.

Por su parte, el Poder Ejecutivo de la Nación reglamenta la citada ley mediante el Decreto 956/ 2013, el 19 de julio de ese año.

Esta normativa persigue que aquellas personas que no puedan tener hijos de manera natural sean amparadas por esta ley, y con ayuda de la tecnología puedan lograr ese deseo que de ser padres.

Como lo establecen determinados autores del Derecho esta ley apunta a cerrar el círculo legislativo para que determinadas personas puedan recurrir a biotecnologías para concebir y dar a luz a un hijo. Se ubica en un criterio liberal ya que se encuentra centrada en un pretendido “derecho” de toda persona a tener un hijo.⁶

Con esta Ley, asistimos a un verdadero cambio de estructuras ya que se permite la separación entre la reproducción humana y la sexualidad. Existe la posibilidad de la reproducción sin sexo. Es evidente que en el legislador predomina una vertiente filosófica subjetivista que desatiende la dignidad de la vida humana frente a un imperativo poblacional y biotecnológico.⁷

En el primer artículo se encuentra regulado el objeto que persigue la misma, y en el siguiente se encarga de definir qué entiende por *reproducción medicamente asistida*.

Artículo 1° Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Artículo 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

⁶ Numa Banti, E. (2018) “Del “deseo de un hijo” a la “pasión por un hijo” afectación del derecho a la identidad del niño crítica desde la bioética personalista ontológicamente fundamentada”. Buenos Aires, Instituto de Bioética/UCA - Vida y Ética Año 19 Nº 1. Pág. 122.

⁷ Cf. Numa Banti, E. “Del “deseo de un hijo” a la “pasión por un hijo” afectación del derecho a la identidad del niño crítica desde la bioética personalista ontológicamente fundamentada”. Ob. Cit. Pág. 122.

comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Es el artículo 8 de esta ley el más importante para comprender el problema planteado en este trabajo. El mismo reza:

Artículo 8° Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Todas las técnicas enumeradas en el artículo transcripto, consideradas de reproducción médicamente asistida, deberán ser cubiertas por aquellas entidades dispuestas en el primer párrafo de la norma y se incorporan como prestaciones obligatorias que deben realizar a favor de los afiliados.

¿Forma el DGP parte de estas técnicas?⁸

En la enumeración que hace el Congreso de estos métodos se omite la mención al DGP; tampoco hace alusión al mismo el Decreto Reglamentario 956/2013. Entonces, si esta es una Ley de cobertura y en la misma no hace referencia al DGP, ¿puede ser legítimamente realizado en nuestro país?

Como vimos, según el artículo 2 la finalidad de esta Ley es la consecución de un embarazo. Por lo tanto, (...) *debe considerarse excluida la posibilidad de concebir embriones humanos con fines de experimentación, con fines industriales o comerciales. (...) Así, entendemos que deberían excluirse de manera expresa en las normas de implementación las técnicas tendientes a fijarle las características genéticas al hijo (...).*⁹

En este mismo sentido se pronuncia el Dr. Pablo César Possetto cuando afirma que *según el Diccionario de la Real Academia Española, “consecución” es la “acción y efecto de conseguir”, y conseguir se identifica con los vocablos “alcanzar, obtener, lograr” por lo que, en la medida que los términos empleados por el legislador constituyen la primera pauta de interpretación de las leyes, debemos concluir que estas normas comprenden los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida utilizados “solo” para la consecución del finpreciado, debiendo excluirse los utilizados con fines de experimentación, investigación, o selección de embriones con determinadas características genéticas. Continúa diciendo: (...) por lo que aquella práctica (DGP), al estar dirigida “excluyentemente” a obtener un diagnóstico que descarte la existencia de una enfermedad en orden a*

⁸ En búsqueda bibliográfica para este trabajo se constató que las técnicas mencionadas en el artículo 8 de la Ley 26.862 no incluyen el DGP. A tal fin consulté en la Biblioteca Nacional Mariano Moreno los siguientes libros: *Nuevo Diccionario de Bioética* (2018), a cargo de la dirección de Carlos Simón Vazquéz, 2da edición, editorial Monte Carmelo; *Los médicos y el Código Penal* (1982), de Lopez Boledo, Editorial UBA, la *Real Academia Nacional de Medicina. Diccionario de términos médicos* (2016), editorial médica panamericana.

⁹ Lafferrière, J.N. (2013). “La ley 26862 y el decreto 956/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas”; Erreius on line. Pág. 3.

*implantar en los peticionantes los embriones carentes de dicha anomalía, no puede considerarse comprendida en la Ley 26862 y en su decreto reglamentario.*¹⁰

Por lo tanto podemos concluir que *resulta tan amplia la norma que termina por dejar temas inconclusos de modo que se vuelve abusiva al no contemplar ciertas situaciones que son consecuencias (como el DGP) de la aplicación de estas técnicas.*¹¹

*La sanción de la ley de “Reproducción Médicamente Asistida”-Ley 26.862- ha dejado más dudas que certezas, lo cual, dada la magnitud de los intereses en juego, es totalmente inadmisibile.*¹²

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el DGP no está incluido en la Ley 26.862. Por lo tanto, no debe ser cubierta por las obras sociales; y tampoco está jurídicamente autorizada en nuestro país, ya que no hay norma que así lo disponga.

Como veremos luego, también la CSJN interpreta que esta técnica no está incluida en dicha Ley.

III. PROYECTOS DE LEY SOBRE DGP EN 2019

Durante el 2019 fueron presentados dos proyectos ley sobre el DGP en el Congreso, correspondientes a los expedientes 2147 y 1541.

El *Expediente 2147-D-2019* tiene por finalidad incorporar el artículo 8 bis a la Ley 26.862. Este proyecto consta de dos artículos:

Artículo 1° - Incorpórese como artículo 8 bis de la Ley 26.862 el siguiente texto:

“Artículo 8 bis: Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) también, los estudios de diagnóstico genético preimplantatorio de gametos y/o embriones, o los que a futuro lo reemplacen, así como cualquier otro

¹⁰ Posseto, P. C. (2014). “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 Argentina Leyes y Jurisprudencia. Cita online: MJ-DOC-6927-AR | MJD6927. Pág. 22.

¹¹ Viar, L. A. (2014). “Análisis de la ley 26 862 sobre fecundación artificial a la luz del principio de razonabilidad”. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26862-fecundacion.pdf> (Fecha de consulta: 05.11.2019). Pág. 11.

¹² Cabaleri, D.A. (2014). *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf> (Fecha de consulta: 10.10.2019). Pág. 13.

procedimiento que fuera necesario para garantizar la correcta consecución de un embarazo”.

Artículo 2º- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Los fundamentos de los firmantes, cinco diputados del Partido Justicialista – Frente para la Victoria-, son entre otros *incorporar a la ley de Reproducción Médicamente Asistida una prestación que en la actualidad es vedada a la mayoría de las personas con capacidad de gestar por no estar incorporada al Plan Médico Obligatorio.*¹³

Afirman que, *si bien la letra de la ley 26862 prevé los estudios de diagnóstico y tratamiento, la técnica DGP o Diagnóstico Genético Preimplantatorio no está especificada, así como tampoco la reglamentación ha echado luz al respecto, por ser un estudio realizable a los gametos y/o embriones, no así a las personas involucradas en los procedimientos de reproducción médicamente asistida.*¹⁴

Entendemos que este Proyecto contribuye a sostener que el DGP no está incluido en la Ley 26.862. Por ello se presenta este Proyecto; para que, una vez aprobado, entre en vigencia el DGP. Pero hasta que eso ocurra el mismo no se encuentra regulado. Si no, no hubiesen solicitado la aprobación de un Proyecto en donde solamente requieran que esta técnica sea realizada y cubierta por las Obras Sociales.

El segundo proyecto presentado es el correspondiente al *Expediente 1541-D-2019*, sobre *“protección” de embriones no implantados*, firmado por Daniel Filmus y otros diputados. En su primer artículo presenta el objeto de la norma: *regular la protección del embrión no implantado y establecer su régimen jurídico en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y normativas complementarias.*

Es el Título VI el correspondiente a reglar todo lo pertinente al DGP. En el artículo 30º dispone que

los centros de salud especializados debidamente autorizados, pueden practicar técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio para:

¹³ Ver: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=2147-D-2019>. Fecha de consulta: 03.09.2019.

¹⁴ Ídem.

- a) la detección de condiciones hereditarias cuando existe un riesgo concreto de que el embrión pueda tener una anomalía genética, cromosómica o mitocondrial, que provoca que una persona con esa patología pueda desarrollar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales;
- b) la detección de otras alteraciones como errores cromosómicos que puedan comprometer la viabilidad del embrión para mejorar los resultados reproductivos;
- c) la selección de sexo del embrión, sólo cuando existe alto riesgo de que el embrión pueda tener una anomalía genética, mitocondrial o cromosómica ligada o restringida al sexo.

Este artículo viene a estandarizar una lista de lo que el legislador considera condiciones indeseables para la vida y determinar que significa nacer “sano”. (...) Lejos de ser un proyecto de protección del embrión, es un proyecto para el control eugenésico de la procreación y la destrucción sistemática de embriones humanos. La cosificación del embrión es funcional al poder biotecnológico que quiere que la vida humana sea un recurso disponible más, bajo la lógica de maximización de ganancias.¹⁵

Puede inducirse (...) que los listados “de anomalías y condiciones hereditarias” de la autoridad de aplicación constituirán, en definitiva, sentencias de muerte para los embriones que las padezcan, ya que su destino será la investigación o el cese de su congelamiento (...).¹⁶

Si el Diagnóstico Genético Preimplantatorio estuviera regulado en alguna norma no habría necesidad de dedicarle un capítulo entero en este Proyecto de Ley. Pero como aún el Congreso no ha legislado sobre el tema se incluye dentro del mismo.

¹⁵ Lafferrière, J. N. (2019). “Análisis de un proyecto de desprotección de embriones no implantados”. [www.centrodebioetica.org](https://centrodebioetica.org/analisis-de-un-proyecto-de-desproteccion-de-embriones-no-implantados/). Cita online: <https://centrodebioetica.org/analisis-de-un-proyecto-de-desproteccion-de-embriones-no-implantados/>. Pág. 2 y 3.

¹⁶ Marrama, S. (2019). “Análisis del proyecto de ley de protección de embriones no implantados”. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia. Cita online: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2019/04/25042019.pdf>. Pág. 1.

IV. ANÁLISIS DEL FALLO LEH C/ OSEP P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN S/ INCONSTITUCIONALIDAD

En esta causa, los actores solicitan que se les otorgue la cobertura integral de la fecundación in vitro (FIV) con inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con diagnóstico genético preimplantacional, hasta lograr el embarazo.

La FIV por medio de ICSI, consiste en la fecundación extracorpórea de ovocitos por inyección de un espermatozoide en sus citoplasmas mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos, con el fin de lograr embriones que puedan transferirse al útero materno, y requiere, salvo contadas excepciones, la fecundación de varios de ellos, lo que obliga a llevar a cabo una necesitada “selección” de los mismos y a “descartar” o “crioconservar” los no utilizados, afectando así su derecho a la vida y a la salud, su salud.¹⁷

La cuestión en disputa es determinar si a la Obra Social le corresponde o no cubrir los gastos que los accionantes exigen. Para ello inician una acción de amparo fundada en los siguientes derechos: a la salud, a la procreación y a la familia, a los servicios sociales necesarios para lograr el embarazo deseado. Fundamentan que estos tienen rango constitucional y que han sido reconocidos en diversos fallos jurisprudenciales.

En cuanto al derecho a la salud hay que advertir que, desde la perspectiva de las personas que están implicadas en esta técnica, el DGP no se vincula con el derecho a la salud de los adultos, sino con el derecho a la salud de los embriones. Es decir, el DGP es un diagnóstico del estado de salud de los embriones, quienes son los auténticos “pacientes”. (...) De allí que mal puede afirmarse que bajo el derecho a la salud sea pertinente aplicar el DGP.¹⁸

Para refutar el derecho a la procreación y familia me limitaré a remitir al lector al considerando n° 5 expuesto por la CSJN en su sentencia (página 13), donde afirma que, si bien se reconoce este derecho, el mismo no es absoluto cuando está en juego uno de mayor raigambre: el de la vida. Pues nadie puede tener derecho al de procreación y familia (y a ningún otro) si antes no tuvo derecho a la vida.

¹⁷ Cf. Posseto, P. 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”. Ob. Cit. Pág. 3.

¹⁸ Cf. Lafferrière, J. N. “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”. Ob. Cit. Pág. 3.

El último argumento utilizado por el matrimonio es el de la utilización de servicios sociales necesarios para lograr el embarazo. *En el caso que originó el fallo en comentario, los actores, abusivamente, solicitan ser cubiertos financieramente en cada intento, y que éstos sean tantas veces como fuesen necesarias hasta lograr...si logran, el embarazo. el pedido en sí ya es llamativamente caprichoso o ignorante. ¿Se les advirtió, cuántos embriones (hijos y pacientes) suyos morirán en los sucesivos intentos? (...) A los demás embriones, quienes son pacientes, hijos y hermanos de los nacidos, si no resultase aptos o “viables” los espera la muerte por descarte; por reducción a “cosa”, material biológico, o a quedar “en reserva” por congelamiento, si no mueren antes de ser congelados, descongelados o reactivados.*¹⁹ ¿Vale la pena poner por encima de una vida humana la tecnología necesaria para poder lograr el deseo de ser padres?

La OSEP solicitó el rechazo por no darse los requisitos necesarios para poder solicitar el amparo: ilegalidad y arbitrariedad. Además, fundaron su pretensión en que no era la vía más idónea para lo que solicitaban ya que debieron antes accionar por la administrativa. Otro motivo por el que solicitaban se rechace la demanda era que no probaban la afectación de los derechos que invocaban.

La juez de primera instancia rechazó esta acción ya que entendió que la negativa de la OSEP no era ilegal ni arbitraria, porque el DGP no se encontraba incluido en nuestra legislación; entonces no era obligatorio para la obra social cubrir dicha técnica. Funda su decisión también en que esta práctica importaba la selección de embriones “aptos” y “no aptos”, sin decir nada sobre el destino de estos últimos. Finalmente, la juez afirma que el DGP era muy costoso, por lo que afrontarlo económicamente sería muy difícil.

Apeló la parte actora.

La Cuarta Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia apelada, imponiendo las costas a la parte actora. Comparte la posición de la juez de grado y además agrega que hay dos derechos fundamentales en juego, el de la vida y el de la salud. El derecho a la vida es de rango mayor al otro, por lo que importa rechazar la demanda invocada por la parte actora.

¹⁹ Arias de Ronchietto, C. E. C. (2014). “Rechazo de la práctica de diagnóstico genético preimplantatorio. El concepto de niño del derecho constitucional”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/3528/2014. Pág. 3.

Contra esta sentencia los amparistas articulan recurso extraordinario de inconstitucionalidad; el mismo fue también desestimado por la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. El Tribunal estaba conformado por los Doctores Jorge H. Nanclares y Alejandro Perez Hualde, quienes rechazaron el recurso, y por el Doctor Omar Palermo, cuyo voto fue en disidencia.

Fueron claros los fundamentos de los jueces que deciden rechazar la pretensión. *Reconocieron que el embrión es persona desde el momento de la concepción –tanto dentro como fuera del seno materno-, y el Dr. PEREZ HUALDE, al referirse al tema destacó que “la protección de la vida humana y de su dignidad corresponde desde el momento de su concepción y hasta su finalización según el ordenamiento jurídico expreso”.*²⁰

Pérez Hualde también afirma que *“de acuerdo a las declaraciones de la Dra. Pinto, quien es Coordinadora del Programa de Fertilización Asistida de OSEP y diagnosticó a los amparistas, el estudio preimplantatorio de embriones requiere al menos quine embriones para su estudio y selección. La pretendida técnica del DGP importa indefectiblemente asumir la realización de biopsias sobre los embriones, su selección y el descarte de más de doce o trece embriones, al menos, porque son sobrantes, y no establece el destino final con precisión y seguridad científica respecto de ninguno de ellos, sea que resulten aptos o no”. Por eso, tampoco es admisible una libertad o una vida “privada y familiar” que pretenda engendrar muchos hijos para seleccionar el que sea viable y descartar el resto.*²¹

Los fundamentos del Tribunal demuestran cómo lo pedido por los amparistas es contrario al primer derecho básico y fundamental: al de la vida; contraría también el derecho a la igualdad. Discriminan a los embriones que consideran “no aptos”, podemos considerar entonces al DGP como una técnica eugenésica.

Finalmente, los amparistas interponen recurso de queja ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo que, en este caso fue decisión de Elena Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda fallar a favor de la parte

²⁰Cf. Posseto, P. 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”. Ob. Cit. Pág. 6 y 7.

²¹Cf. Lafferrière, J. N. “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”. Ob. Cit. Pág. 3 y 4.

demandada, OSEP. Fundado en que no existe una norma específica que le imponga a la Obra Social la obligación solicitada por el matrimonio, cubrir de manera integral la técnica denominada como DGP.

El considerando número cinco dispone *que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 Y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia.*

Se desprende que el *derecho humano a la salud reproductiva “no es absoluto”, y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana y del impedimento coherente de que ella sea sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección (...).*

*La posición de hacer prevalecer el derecho a la vida del embrión por sobre los derechos de tercero, no solo es sostenida por estos magistrados sino que también fue adoptada por el prestigioso jurista Bidart Campos quien, refiriéndose a la “salud reproductiva”, sostuvo que el derecho a la intimidad o privacidad, donde se adoptan las decisiones de la mujer, del varón y del profesional de la salud que los atiende debe preservarse mientras no comprometa a terceros, y fundamentalmente, al nasciturus. (...) El deber de protección a la vida como bien constitucional, impide que el Estado asuma políticas abortivas, fomenta la manipulación genética, imponga controles de la natalidad, etc.*²²

Las últimas características mencionadas se vinculan con lo que la técnica de DGP pretende imponer. Es este el fundamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para rechazar la demanda de los señores EDV y EHL.

²² Cf. Posseto, P. 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”. Ob. Cit. Pág. 8.

V. EL DGP Y EL DERECHO A LA VIDA

Hemos demostrado que el DGP no se encuentra incluido en la ley 26862. Sentado ello, para responder al objetivo de este trabajo, tenemos que tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico vigente, especialmente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Comenzamos nuestro análisis por el DGP a la luz del derecho a la vida.

En tal sentido, entendemos que una de las consecuencias inherentes al DGP es la *sistemática eliminación de embriones humanos. Conlleva la necesidad de la concepción de un alto número de embriones para realizar la selección. (...) 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.*²³

Se puede observar cómo la realización de dicha técnica viola el primer y principal derecho de todo ser humano: el de la vida. Teniendo esto en consideración fallan todas las instancias a las que recurren la señora EDV y el señor EHL.

La juez de primera instancia rechaza la pretensión de los actores fundando que el DGP conlleva la selección de embriones aptos, sin decir nada sobre el destino de aquellos que no serían implantados por resultar con anormalidades, inclinándose por proteger el derecho de estos últimos, ya que son personas desde el **momento de la concepción y están imposibilitados de exigir protección de su vida y dignidad**²⁴.

La Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza confirmó la sentencia apelada, compartiendo la posición de la juez de grado. En su voto, el doctor Rodríguez Saa, integrante de este Tribunal, señala que esta práctica afecta el derecho a la vida, y falla de la siguiente manera:

Precisamente el destino de los embriones no implantados y la consideración del principio básico señalado en la sentencia por la juez de primera instancia de que

²³ Lafferrière, J. N. (2014). “Límites a la fecundación artificial con diagnóstico genético preimplantatorio en la Cámara Federal de Salta”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9000/1/limites-fecundacion-artificial-diagnostico.pdf>. Pág. 3 y 4.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala Primera. “LEH c/ OSEP s/ Acción de Amparo”, 30/07/2014. Cita online: AR/JUR/56705/2013.

nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, es lo que determinó que se considerara que en el caso particular que se analiza la negativa de la parte demandada a brinda la prestación en la forma solicitada no pudiera ser calificada como manifiestamente arbitraria o ilegal.

*Si bien los actores al fundar su recurso afirma que la negativa de la cobertura solicitada implica una abierta violación a los derechos consagrados constitucional y convencionalmente y que los jueces están obligados a proteger (...), tal afirmación resulta incorrecta pues constituye una mera manifestación genérica que se limita a contemplar exclusivamente el derecho de los accionantes a lograr la concepción prescindiendo de considerar que el ejercicio de este derecho al igual que el de tener la posibilidad de realizar en forma plena su proyecto de vida, no pueden ser reclamados en su ejercicio en forma absoluta a costa de violar el derecho a la vida que tiene un rango superior.*²⁵

Los doctores Martínez Ferreyra y Moureu, restantes integrantes de esta Cámara, adhieren al voto expuesto por su colega.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza confirma con voto de la mayoría, de los Dres. Jorge H. Nanclares y Alejandro Perez Hualde, lo expuesto en las instancias anteriores.

*Los magistrados reconocieron que le embrión es persona desde el momento de la concepción –tanto dentro como fuera del seno materno–, y el Dr. Perez Hualde, al referirse al tema también destacó que la “protección de la vida humana y de su dignidad corresponde desde el momento de su concepción y hasta su finalización según nuestro ordenamiento jurídico expreso”. (...) También al voto de la mayoría se indicó que nuestra Carta Magna exige la protección de “la vida y dignidad” de los embriones; que éstos, en tanto y en cuanto vida humana, son “sujetos de protección”; y que “no hace falta reconocer la personalidad a los efectos jurídicos para establecer la protección de la vida humana y dignidad”.*²⁶

Finalmente, la CSJN en su sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, apartándose de lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, falla a favor de

²⁵ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala Primera. “LEH c/ OSEP s/ Acción de Amparo”, 30/07/2014. Cita online: AR/JUR/56705/2013.

²⁶Cf. Posseto, P. 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”. Ob. Cit. Pág. 6 y 7.

OSEP en el mismo sentido que lo hicieron las demás instancias. *Basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño, sostuvo que los embriones son “personas” por lo que no podía autorizarse su libre disposición.*²⁷

Habiendo demostrado que los Tribunales intervinientes sostienen que la utilización del DGP implica la destrucción de gran cantidad de vidas humanas, procederé a analizar la Ley 26.862.

*La misma excluyó cualquier definición referida a si el embrión es persona. En efecto, en ningún artículo de esa ley se admite la destrucción de embriones o se afirma que los embriones no son personas. Esa ley señala que las técnicas se aplican con la finalidad de conseguir un embarazo (art. 2) y ello excluye que se conciban embriones humanos para luego ser descartados.*²⁸

Sabrina M. Berger desconoce todo lo expuesto precedentemente. Ella afirma que *a la fecha aún no está esclarecido en qué momento empieza la persona humana, o sea en qué momento se verifica nuestro día “1”. (...) Depende de cada legislación nacional qué elementos tomar en consideración para generar su propia definición de inicio de persona humana, momento imprescindible de todo ordenamiento jurídico para establecer a partir de cuándo se es apto para contraer obligaciones y adquirir derechos. (...) La adopción de un momento u otro para determinar a partir de cuándo se es persona humana depende del criterio elegido.*²⁹

¿El inicio de la vida humana depende de qué elementos se decidan tomar en consideración, del criterio que decida adoptar cada legislación? ¿Tan poco vale una vida humana que debemos rebajarla a lo que cada régimen disponga respecto de ella?

Se considera al embrión como un medio para lograr un fin –deseo de ser padres–. Corriente altamente reprochable.

*Estamos ante una de las expresiones más graves de una “cultura del descarte” que convierte a la vida humana en un mero recurso disponible.*³⁰ *El niño deja de ser un*

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L. E. H. y otros c/ O. S. E. P. s/ amparo”, 01/09/2015, considerando 2°.

²⁸ Lafferrière, J. N. (2018). “Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina”. Centro de Bioética. Persona y Familia. Cita online: <https://centrodebioetica.org/aborto-fecundacion-in-vitro-y-legislacion-argentina/>. Pág. 1.

²⁹ Berger, S.M. (2019). “Interrupción de criopreservación de embriones”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/2140/2019. Pág. 3.

³⁰ Lafferrière J. N. (2015). “La Corte Suprema de la Nación confirma la sentencia contraria al diagnóstico genético preimplantatorio”. Centro de Bioética. Persona y familia. Cita online:

“don” y se convierte en el producto de un hacer técnico.³¹ El embrión es tratado como un objeto de producción sometido a un proceso de tipo eminentemente técnico-instrumental: disponibilidad respecto del fin, dominio absoluto de la técnica y eficacia cuantitativa; como conclusión de estas premisas innumerables vidas humanas se pierden a conciencia plena con la escasa posibilidad de que alguna de ellas sobreviva al procedimiento. (...)El embrión se encuentra sin defensa frente a quien lo ha “producido”.³²

Es el mismo sentido que Berger, Vanina Torres A. considera que el embrión in vitro no es persona humana, en el entendimiento de que concepción es sinónimo de anidación, por lo tanto, y hasta tanto no se produzca la implantación o transferencia en la persona, no es considerado persona humana en sentido jurídico, pues carece de posibilidades de desarrollo.³³

Utilizaré lo analizado por Ricardo Bach de Chazal, postura que comparto, para objetar lo que antecede. *La vida del ser humano principia desde el momento de la concepción o fecundación, ocurra ello dentro o fuera del seno materno. A este respecto, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha sido terminante en declarar que la vida humana comienza con la fecundación, hecho éste que da lugar a un nuevo ser, con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores y que, si no se interrumpe su evolución, llegará al nacimiento. La misma prestigiosa institución científica ha declarado que “la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide, la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno”.³⁴ En la fecundación se establece, pues, un nuevo programa, un genotipo distinto del padre y de la madre, que se muestra vivo y activo desde ese primer momento, aunque esa actividad*

<https://centrodebioetica.org/la-corte-suprema-de-la-nacion-confirma-sentencia-contraria-al-diagnostico-genetico-preimplantatorio/>. Pág. 2.

³¹ Lafferrière, J. N. (2014). “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/3108/2014. Pág. 8.

³² Quintana, E. M. (2015). “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/8/2015. Pág. 6.

³³ Torres, V. A. (2019). “Necesidad de regular la protección del embrión no implantado”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/2602/2019.

³⁴ Bach de Chazal R. (2009). *El aborto en el derecho positivo argentino*. Ed. El Derecho. Pág. 23.

*se desarrolla de manera gradual en el tiempo.*³⁵ De igual manera Eduardo Martín Quintana expresa que *no es cierto que el embrión no se desarrolle fuera de la madre; pues una vez producida la fecundación in vitro, el embrión unicelular requiere hasta el implante de un desarrollo celular que tarda varios días.*³⁶

Por lo tanto, *la circunstancia del lugar donde se encuentra el embrión, por ser accidental y no esencial, no altera el hecho fundamental de ser un individuo de la especie humana, que tiene vida humana. Y son estas cuestiones constitutivas –las del orden del ser- las que definen cuál es el trato que le corresponde.*³⁷

Nuestro ordenamiento jurídico respecto del inicio de la vida humana dispone lo siguiente:

- El Código Civil y Comercial de la Nación

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

Artículo 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Este último artículo, *ubicado en el capítulo de los derechos personalísimos, se refiere expresamente al embrión humano como una etapa de la vida de la persona protegida contra manipulaciones genéticas.*³⁸

- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061(sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005)

Artículo 8. — DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

³⁵ Ídem, pág. 25.

³⁶ Cf. Quintana, E. M. "Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio" Ob. Cit. Pág. 5.

³⁷ Grinenco de Vázquez, S., Perera, V., de Martini, S.M.A., Vázquez, E. A. (2014). *El embrión, una persona en la primer etapa de vida. Reflexiones sobre la persona por nacer*. Colección Bioética para Todos, Una ética para la vida centrada en la dignidad de la persona.

³⁸Cf. Lafferrière, J. N. "Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina". Ob. Cit. Pág. 1.

- Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849 (sancionada el 27 de septiembre de 1990; promulgada el 16 de octubre de 1990; y publicada en el boletín oficial el 22 de octubre de 1990. Es receptada por nuestro ordenamiento jurídico positivo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional):

Artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Ha quedado consagrado el principio de interés superior del niño (art. 3 Convención Derechos del Niño) como un precepto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos del niño y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros.³⁹

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 23.054 (llamada Pacto de San José de Costa Rica, sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984)

Artículo 4. -Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Teniendo en cuenta lo analizado precedentemente, opino que la técnica del DGP necesariamente importa la destrucción de vidas humanas.

Resulta inconcebible que sean las mismas personas (que ya obtuvieron este primer derecho básico a la vida) las que decidan sobre la destrucción o no de otros

³⁹ Cabaleri, D.A. (2014). *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf> (Fecha de consulta: 05.10.2019).

individuos teniendo en cuenta sus características genéticas. *Seres humanos poseedores de determinados genomas son los que establecen los criterios para definir, intervenir o incluso eliminar a otros seres humanos con otros genomas. La “elección”, en definitiva, parece una ilusión ideada por los genes para propagar la selección de genes similares.*⁴⁰

Es por esto también, que considero que el DGP no debería ser autorizado en el ordenamiento jurídico argentino. Su realización implicaría que seres indefensos, sin posibilidad de defenderse, sean asesinados.

VI. EL DGP Y EL DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. EUGENESIA

*El DGP se orienta a la selección de los embriones humanos según ciertos parámetros fijados de antemano y que no sólo se vinculan con la salud, sino que pueden estar en función de la determinación del sexo o de otras características del hijo. Se trata de estudios que se convierten en una especie de “control de calidad” de los embriones para determinar cuáles son aptos para continuar viviendo y cuáles no, según variables criterios médicos y no médicos.*⁴¹

De acuerdo a lo investigado, el DGP busca seleccionar embriones “aptos” de los “no aptos” para luego implantar aquellos que los padres crean convenientes. Según la Real Academia Española por selección se entiende la *acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas.*⁴² Por lo tanto, impera en esta práctica el deseo de los padres, de elegir las características de sus hijos por sobre el aceptarlos más allá de ellas. *Michael Sandel expresa al respecto: “Apreciar a los hijos como don es aceptarlos como vienen, no como objetos de nuestro diseño u objetos de nuestro deseo, o instrumentos de nuestra ambición. El amor de los padres no es contingente a los talentos y atributos que un hijo puede tener. Elegimos nuestros amigos y cónyuges al menos parcialmente en base a cualidades que encontramos atractivas. Pero no elegimos nuestros hijos. (...) Es por ello que la*

⁴⁰ Cf. Mukherjee, S. El Gen. Una historia personal. Pág. 537.

⁴¹ Cf. Lafferrière, J. N. Implicaciones Jurídicas del Diagnóstico Prenatal. El concebido como hijo y paciente. Ob. Cit. Pág. 521.

⁴² Diccionario de la Real Academia Española. Cita online: <https://dle.rae.es/selecci%C3%B3n>.

*paternidad (...), enseña lo que el teólogo William F. May llama “apertura a lo inesperado”.*⁴³

En consonancia con lo expuesto, el doctor Rodríguez Saa en su voto de la causa LEH c/ OSEP s/ Amparo señala que uno de los fines del DGP es el deseo de evitar el nacimiento de niños con enfermedades genéticas como la hemofilia y algunos tipos de cáncer, además de enfermedades cromosómicas como el síndrome de Down o la fibrosis quística simplemente seleccionando embriones en cuyo genotipo se haya comprobado que no portan la mutación correspondiente.⁴⁴

*¿Puede considerarse autorizada una práctica que descarte embriones solo porque presentan determinadas patologías? En caso de permitir su destrucción se envía un mensaje a las personas ya nacidas con esa patología. Es como si les dijera: “Tu vida no merece ser vivida”; “Tú te has escapado, pero si hubiéramos 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 con el aborto y también al DGP.*⁴⁵

Salvador Darío Bergel señala que el DGP *tiende, a partir de un estudio genético, a diferenciar los embriones portadores del gen vinculado con una anomalía (enfermedad genética o grave discapacidad) de los embriones que no la portan. (...) Con relación a los embriones “descartados”, es natural que los mismos al no poder ser implantados podrán ser criopreservados hasta que pierdan la posibilidad de dar vida o simplemente podrán ser destruidos.*

Asimismo, este mismo autor reconoce que *los términos “selección” y “descarte” no resultan gratos. Contempla la posibilidad de que se pretenda utilizar el diagnóstico genético preimplantatorio para una utilización frívola de la mejora del niño.*⁴⁶

⁴³Lafferrirere, J. N. (2014). “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/3108/2014. Pág. 7.

⁴⁴Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala Primera. “LEH c/ OSEP s/ Acción de Amparo”, 30/07/2014. Cita online: AR/JUR/56705/2013.

⁴⁵Cf. Lafferrière, J. N. “Límites a la fecundación artificial con diagnóstico genético preimplantatorio en la Cámara Federal de Salta”. Ob. Cit. Pág. 5.

⁴⁶Bergel, S. D. (2015). “En torno al diagnóstico preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/588/2015. Pág. 3, 4 y 5.

Es decir, Bergel reconoce que los embriones considerados “no aptos” son descartados e incluso contempla la posibilidad de que pierdan la vida. Habiendo expuesto en el capítulo V que los embriones son seres humanos fuera o dentro del seno materno desde el momento de su concepción, estas afirmaciones resultan contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo analizado, el DGP viola tanto el derecho a la igualdad como al de no discriminación, ambos de raigambre constitucional. En la Constitución Nacional Argentina el derecho a la igualdad esta receptado en el artículo 16.

Artículo 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

En cuanto al principio de no discriminación está acogido, entre otros, en el artículo 2 la Convención de Derechos del Niño y en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos humanos. Ambos tratados internacionales de jerarquía constitucional según lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Const. Nacional.

Artículo 2. CDN

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 24. Pacto San José de Costa Rica. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Este derecho se encuentra regulado también en la Ley N° 23. 592, de actos discriminatorios, sancionada el 3 de agosto de 1988 y promulgada el 23 de agosto de ese mismo año.

Asimismo, se advierte cómo en el DGP se impone una mentalidad eugenésica. Como expresa María Luisa Di Pietro (...) el DGP (...) se está transformando poco a poco en una verdadera y propia medida de eugenesia negativa a aplicar a todas las familias donde esté presente el riesgo de tener hijos afectados por enfermedades cromosómicas o genéticas. Señala la autora citada que la primera objeción que recibió el DGP es el evidente abuso del embrión humano, reducido a un mero instrumento tecnológico, objeción ya formulada por tres miembros del Comité Warnock al sostener que “es un error crear cualquier cosa que tenga la potencialidad de volverse persona humana y luego destruirla deliberadamente”.⁴⁷

Jorge Nicolás Lafferrère se expide en este mismo sentido, sosteniendo que 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.⁴⁸

Por lo tanto, la práctica del diagnóstico genético preimplantatorio conlleva la violación de los derechos básicos de raigambre constitucional aquí expuestos. No puede considerarse autorizada una técnica que necesariamente importe destrucción de vidas humanas, o discrimine según se tenga o no determinadas características. En mi opinión, no solo no debe considerarse autorizada, sino que debe ser prohibida.

VII. CONCLUSIÓN

“Nos haremos un poco mejores”, dijo en una entrevista James Dewey Watson, científico estadounidense, cuando le preguntaron qué pasaría cuando los científicos puedan manipular a voluntad la información genética humana.⁴⁹ El diccionario de la Real Academia Española define al verbo hacer de la siguiente manera: 1. Producir algo,

⁴⁷ Cf. Quintana, E. M. “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio” Ob. Cit. Pág. 2.

⁴⁸ Cf. Lafferrère, J. N. “Límites a la fecundación artificial con diagnóstico genético preimplantatorio en la Cámara Federal de Salta”. Ob. Cit. Pág. 4 y 5.

⁴⁹ Cf. Mukherjee, S. El Gen. Una historia personal. Ob. Cit. Pág. 537.

darle el primer ser; o 2. Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener. Se producen o fabrican objetos, cosas materiales, no seres humanos.

Me remito a las preguntas por las que surgió el interés respecto de esta investigación, ¿es el DGP una práctica que debemos considerar autorizada aún sin estar cubierta por los sistemas de salud? ¿Está prohibida?

Se analizó en primer lugar la Ley 26.862, de reproducción médicamente asistida. La misma no contempla la posibilidad de realizar dicha técnica. Se trata de una ley de cobertura que no contempla al DGP. Por lo tanto, no es receptada por esta normativa.

Durante el transcurso del año 2019 fueron presentados dos proyectos de ley sobre esta práctica. Los mismos corroboran que el DGP no está en vigencia. Nadie solicita algo que ya se encuentra regulado.

Se observó también que en la causa caratulada LEH c/ OSEP s/ AMPARO, los demandantes exigen la totalidad de cobertura médica a la Obra Social de Empleados de Mendoza, las cuatro instancias correspondientes rechazan la pretensión fundando en que el DGP no está contemplado por nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, se constató que este diagnóstico es contrario a los derechos más importantes correspondientes a una persona. *La vida llega a ser simplemente “una cosa”, que el hombre reivindica como su propiedad exclusiva, totalmente dominable y manipulable.*⁵⁰

Pablo César Posseto, habiendo realizado también un análisis de este diagnóstico, concluye que *es claro que la Ley N° 26862 y el Decreto N° 956/2013, no obligan a brindar la cobertura del DGP.*⁵¹

Jorge Nicolás Laffèrriere afirma que, *en el contexto de nuestro país, el DGP debe considerarse no sólo excluido de la cobertura de la ley 26.862, sino como un procedimiento contrario a principios jurídicos fundamentales, especialmente el de la dignidad humana y la moral y las buenas costumbres. Por tal motivo, entendemos que se trata de una conducta claramente ilícita (cf. Art. 953 Código Civil). Detrás de la*

⁵⁰ Sumo Pontífice J. P. II (1995). *Evangelium Vitae. Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*. Ed. Claretiana. Pág. 40.

⁵¹Cf. Posseto, P. 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”. Ob. Cit. Pág. 23.

Posseto; Pablo César; “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”.

*cuestión del DGP no sólo está el problema del inicio de la vida. Lo que está en juego es una visión sobre toda la persona humana, su dignidad, la transmisión de la vida y el reconocimiento de la vida como un don que debe escapar a las posibilidades de control biotecnológico.*⁵²

Comparto lo indicado por los Dres. Laffèrriere y Posseto. Por ello considero que el DGP, no estando contemplado en nuestro ordenamiento jurídico y contrariando principios constitucionales esenciales, no se encuentra permitido en Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias de Ronchietto, C. E. C. (2014). “Rechazo de la práctica de diagnóstico genético preimplantatorio. El concepto de niño del derecho constitucional”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/3528/2014.
- Bach de Chazal R. (2009). *El aborto en el derecho positivo argentino*. Ed. El Derecho.
- Bergel, S. D. (2015). “En torno al diagnóstico preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/588/2015.
- Berger, S.M. (2019). “Interrupción de criopreservación de embriones”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/2140/2019.
- Cabaleri, D.A. (2014). *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en:

⁵²Cf. Lafferrriere, J. N. “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio. Ob. Cit. Pág. 1.

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf> (Fecha de consulta: 05.10.2019).

- Grinenco de Vázquez, S., Perera, V., de Martini, S.M.A., Vázquez, E. A. (2014). *El embrión, una persona en la primer etapa de vida. Reflexiones sobre la persona por nacer*. Colección Bioética para Todos, Una ética para la vida centrada en la dignidad de la persona.
- Lafferrière, J. N. (2018). “Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina”. Centro de Bioética. Persona y Familia. Cita online: <https://centrodebioetica.org/aborto-fecundacion-in-vitro-y-legislacion-argentina/>.
- Lafferrière, J. N. (2019). “Análisis de un proyecto de desprotección de embriones no implantados”. www.centrobioetica.org. Cita online: <https://centrodebioetica.org/analisis-de-un-proyecto-de-desproteccion-de-embriones-no-implantados/>.
- Lafferrière, J. N. (2011). *Implicaciones Jurídicas del Diagnóstico Prenatal. El concebido como hijo y paciente*. 1era edición. Buenos Aires, Ed. EDUCA.
- Lafferrière J. N. (2015). “La Corte Suprema de la Nación confirma la sentencia contraria al diagnóstico genético preimplantatorio”. Centro de Bioética. Persona y familia. Cita online: <https://centrodebioetica.org/la-corte-suprema-de-la-nacion-confirma-sentencia-contraria-al-diagnostico-genetico-preimplantatorio/>.
- Lafferrière, J.N. (2013). “La ley 26862 y el decreto 956/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas”; Erreius on line.
- Lafferrière, J. N. (2014). “Límites a la fecundación artificial con diagnóstico genético preimplantatorio en la Cámara Federal de Salta”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9000/1/limites-fecundacion-artificial-diagnostico.pdf>.
- Lafferrière, J. N. (2014). “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/3108/2014.
- Lafferrière, J. N. (2015). “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”. La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP. Cita online: AR/DOC/4009/2015.

- Lopez B. *Los médicos y el Código Penal* (1982), Editorial UBA
- Marrama, S. (2019). “Análisis del proyecto de ley de protección de embriones no implantados”. *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Cita online: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2019/04/25042019.pdf>.
- Mukherjee, S. (2017). *El Gen. Una historia personal*. 3era edición. Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial.
- Numa Banti, E. (2018) “Del “deseo de un hijo” a la “pasión por un hijo” afectación del derecho a la identidad del niño crítica desde la bioética personalista ontológicamente fundamentada”.
- Posseto, P. C. (2014). “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 Argentina Leyes y Jurisprudencia*. Cita online: MJ-DOC-6927-AR | MJD6927.
- Quintana, E. M. (2015). “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”. *La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP*. Cita online: AR/DOC/8/2015.
- Sumo Pontífice J. P. II (1995). *Evangelium Vitae. Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*. Ed. Claretiana.
- Torres, V. A. (2019). “Necesidad de regular la protección del embrión no implantado”. *La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP*. Cita online: AR/DOC/2602/2019.
- Viar, L. A. (2014). “Análisis de la ley 26 862 sobre fecundación artificial a la luz del principio de razonabilidad”. *Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26862-fecundacion.pdf> (Fecha de consulta: 05.11.2019).
- Vazquéz C.S. (bajo su dirección). *Nuevo Diccionario de Bioética* (2018). 2da edición, editorial Monte Carmelo.
- *Real Academia Nacional de Medicina. Diccionario de términos médicos* (2016). Editorial médica panamericana.

- *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en:
<http://dle.rae.es/>
- <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=2147-D-2019>.