

Título: El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos

Autor: Lamm, Eleonora

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015,

Cita: TR LALEY AR/DOC/1297/2015

Sumario: 1. Introducción.— 2. Una aclaración previa: vida y persona.— 3. El embrión in vitro en el código civil derogado.— 4. La jurisprudencia durante la vigencia del Código Civil de Vélez.— 5. El art. 19 del CCyC.— 6. El comienzo de la persona humana. La "concepción".— 7. El "sistema" del derecho argentino.— 8. El derecho comparado.— 9. Los argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión in vitro.— 10. El embrión in vitro: Ni persona ni cosa. La protección.— 11. La aplicabilidad del art. 17 del CCyC al embrión in vitro.— 12. La aplicabilidad del art. 57 del CCyC. La prohibición de alteraciones genéticas.— 13. El impacto de la no personalidad del embrión en las técnicas de reproducción humana asistida. El DGP.— 14. Breves palabras de cierre

(\*)

## 1. Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar el alcance de una de las normas más debatidas y cuestionadas del Código Civil y Comercial (en adelante CCYC): el art. 19 relativo al comienzo de la persona humana, y la consecuente naturaleza del embrión in vitro. (1)

Todo este debate y cuestionamiento se debe a que existen diferentes posturas respecto a cuando comienza la persona humana, desde quienes consideran que la persona comienza con la fecundación —incluso posiciones más extremas consideran que las células madre embrionarias, por su capacidad de diferenciación, también son personas— hasta aquellos que la ubican en el nacimiento con vida. Lo cierto es que a medida que avancen las tecnologías médicas, los usos potenciales de los embriones humanos se amplíen y las formas en las que podemos testear y adaptar un embrión se hagan más numerosas, las discusiones, sin duda, seguirán en aumento. (2)

No obstante, hay que resaltar que estas discusiones, en general, emanan de quienes abordan las cuestiones desde un punto de vista metafísico-teológico, en el que lo que se discute es una cuestión de absolutos. (3)

En este trabajo se procurará brindar una visión fundada en argumentos jurídicos y bioéticos, acordes y propios de una sociedad plural, democrática y liberal.

La naturaleza o status que se le otorga al embrión in vitro tiene consecuencias inmediatas en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA), que ofrece o puede ofrecer cada sociedad y el alcance de la investigación. Ante la falta de acuerdo científico y ontológico, el análisis debe centrarse en el derecho positivo. (4)

## 2. Una aclaración previa: vida y persona

Como adelantara, en este trabajo analizaré el comienzo de la existencia de la persona en el nuevo régimen civil, no el comienzo de la vida.

Como sostiene el CECTE, el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida son conceptos sustancialmente diferentes.

En primer lugar cabe decir que la cuestión sobre el inicio de la vida humana es uno de los interrogantes más complejos sobre los que aún no existe consenso en ningún campo y disciplina. Al respecto, la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo" que se verá luego, sostuvo que "se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa", y coincidió con tribunales internacionales y nacionales, (5) "en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida". (6) Consecuentemente tampoco yo pretenderé vislumbrarlo.

Pero además, el concepto de "vida" puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. (7) Concretamente, imaginemos un caso de muerte encefálica. Obviamente en ese cuerpo hay muchas células vivas, incluso el corazón puede seguir latiendo (precisamente a

los efectos de un trasplante, fin último del establecimiento médico del criterio de muerte encefálica), no obstante jurídicamente la persona está muerta.

Hecha la distinción, la función de un código civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.). ¿Acaso un embrión in vitro podría heredar? ¿O se podría reclamar alimentos en su favor?

### 3. El embrión in vitro en el código civil derogado

En el código civil derogado el debate en torno a si el embrión in vitro era o no persona pasaba por determinar qué se entendía por la frase: "concepción en el seno materno". Esta terminología utilizada por Vélez Sarsfield que hablaba de concepción, pero al mismo tiempo exigía que fuera "en el seno materno" daba lugar a dos grandes posturas.

Una parte de la doctrina nacional sostenía que los arts. 63 y 70 del Código Civil determinaban que la existencia de la persona humana comenzaba con su concepción. (8) La referencia a que la concepción opere "dentro del seno materno" que Vélez Sarsfield hizo, no debía interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía (ni en la mente de los pensadores más imaginativos) otro medio de concepción más que el natural. A lo sumo, se argumentaba que el artículo fue redundante, pero que en la actualidad ninguna duda cabe acerca de la equiparación de cualquier tipo de concepción, uterina o extracorpórea. (9) Como se puede observar, esta tesis identifica la concepción con la fecundación.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria sostenía que el Código Civil al hablar precisamente de la concepción "en el seno materno", los embriones in vitro, es decir, aquellos que han sido fecundados pero están fuera del seno materno, no serían persona. (10)

Sin perjuicio de la discusión doctrinaria, la frase "en el seno materno" devino a todas luces desafortunada y desacertada, no solo por cuestiones terminológicas, sino porque también quedó caduca con la sanción de nuestra ley 26.743 de identidad de género; hecho que tuvo lugar aun antes de la entrada en vigor del CCyC, el 09/05/2012.

La ley de identidad de género significó el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos, de modo que esta ley, la más liberal del globo y ejemplo a nivel mundial, (11) se funda en dos decisiones de política legislativa centrales: 1) se permite el cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar ningún requisito, expresamente se manifiesta la no necesidad previa de reasignación corporal o física alguna y 2) la autoridad pública que interviene es administrativa (registro civil) y no judicial. Se trata de dos consideraciones claves para poner fin a la patologización y estigmatización sobre un grupo social de alto grado de vulnerabilidad. La petición de cambio de identidad de género se sustenta en la mera voluntad de la persona, es decir, en la noción de "identidad autopercebida". En este contexto, se advierte que podría haber algún supuesto fáctico-jurídico por el cual una persona que al nacer fue identificada con el sexo femenino solicite la rectificación de su identidad de género al masculino y como no se sometió a intervención quirúrgica alguna, pueda quedar embarazada. En este supuesto, no correspondería entonces hablar de "seno 'materno'".

### 4. La jurisprudencia durante la vigencia del Código Civil de Vélez

En lo que respecta a nuestra corte federal, cabe destacar, como pone de manifiesto un reciente informe del CELS, que a contramano de la tendencia mundial, en 2002 la CSJN en el caso "Portal de Belén" (12) entendió que tenía la autoridad y competencia suficiente para resolver el interrogante sobre el inicio de la vida humana y sostuvo que ella comienza con la fecundación, esto es, con la unión de los gametos femenino y masculino. La Corte asumió que ello era un hecho comprobable científicamente y determinable jurídicamente. Lo que suele ignorarse es que tal determinación, calificada como una "excepción vergonzosa" (13), fue realizada sobre la base de argumentaciones sumamente endebles y con citas de diversos estudios y opiniones cuya falta de seriedad y rigor científico fue comprobada luego del dictado del fallo. (14) Así, por ejemplo, se transcribieron las opiniones valorativas y no científicas de un sacerdote católico, de un supuesto científico y premio Nobel que no era tal, de un "célebre genetista" cuyo testimonio fue descartado expresamente por un tribunal porque demostraba "una profunda confusión entre la ciencia y la religión". También se citó un informe de la Comisión Nacional de Ética Biomédica del Ministerio de Salud de la Nación, cuyas conclusiones fueron adoptadas por representantes religiosos cristianos y representantes gubernamentales, es decir, ningún científico ni especialista en ética que no fuera religioso. Entre otras cuestiones sumamente criticables, tales circunstancias desacreditan esta sentencia como un precedente jurídico válido. (15)

Fuera de este caso, en materia jurisprudencial, previo a la sanción del CCyC y a la ley 26.862 de cobertura médica de las TRHA, solo unos pocos precedentes jurisdiccionales del derecho argentino se pronunciaron sobre la naturaleza jurídica de los embriones in vitro. (16)

Ahora bien, mucha agua ha pasado bajo el puente desde la primera decisión en la que se debatió el tema y se designó un "tutor de embriones" emanada del Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil, Nro. 56, del 28/04/1995 (17), confirmada con modificaciones no sustanciales por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 03/12/1999. (18) Durante estos años, gran cantidad de argumentos de peso desarrollados en el derecho comparado y en el país pusieron en crisis la tendencia que considera "personas por nacer" a los embriones no implantados y, consecuentemente, manda preservarlos de cualquier modo y a toda costa, incluso en contra de su "interés superior" (para quienes consideran que este principio rector es de aplicación a los embriones), desde que, en el estadio actual de la ciencia, pasado cierto tiempo, ellos pierden su aptitud reproductiva.

Cabe destacar el reciente pronunciamiento de la Defensoría General de la Nación que se expide en un caso (19) en el que se solicita la cobertura médica del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) por parte de una prepaga; ante la negativa, la parte interesada acude a la justicia. En ese proceso, se pone en crisis la actuación del Asesor de Menores en los términos del art. 59 del Código Civil derogado (art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación), pretendiéndose que al "encontrarse en juego derechos de personas por nacer, se dé intervención al Sr. Asesor de Menores" en representación de los embriones in vitro.

En este marco, el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de San Martín, el 07/07/2014 envió un oficio dirigido a la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación, con el objeto de conocer la opinión de la máxima instancia en el ámbito de intervención de los Asesores de Menores, es decir, del rol que deben o no jugar los Asesores de Menores en los conflictos que involucran embriones in vitro.

En el oficio, respondido el 15/07/2014, se concluye que el defensor oficial no puede seguir interviniendo en la acción de amparo que tramita por las siguientes razones: 1) Lo decidido en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica dictado por la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos, que se verá luego; 2) La situación —posible generación de embriones que deban ser criopreservados in vitro— "no quedaría abarcada por los términos del art. 59 del Código Civil y del art. 54, inc. a) de la ley 24.946, por no encontrarse comprometidos los intereses de personas menores o incapaces, conforme lo previsto por las normas aludida"; 3) "Aún en el caso de sostenerse que el sólo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona —en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta— no es posible aseverar sin más que debe otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente"; 4) La conclusión a la que se arriba "no se propone la absoluta desprotección de los embriones no utilizados ante la realización de un tratamiento de fertilización in Vitro", siendo "imperioso contar cuanto antes con una normativa específica que regule las distintas actividades que se suscitan respecto de aquéllos".

Esta importante pieza jurídica dedica especial atención a la conclusión a la que arriba la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuerda que, con fundamento en "la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión". Destaca, además, que "el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del art. 4° de la Convención...", y consagra, específicamente, "el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal". (20)

##### 5. El art. 19 del CCyC

Como se dijo, el comienzo de la existencia de la persona humana fue "el" tema más candente que generó el Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26.994 del 8 de octubre de 2014. Tan es así, que la redacción del art. 19 varió en casi todas las etapas por las que atravesó el proyecto, (21) aunque finalmente, tras su aprobación por el senado el art. 19 dice: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción." Y en la disposición transitoria segunda se establece que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (Corresponde al art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). Éste fue el texto que luego se aprobó también en diputados constituyendo el definitivo.

No obstante la opinión de quienes pretenden hacer de esta fórmula una más conservadora que pudiera traducirse en considerar al embrión persona, (22) lo cierto que jurídicamente no lo es, conforme se verá en los siguientes apartados y concretamente al explicar el significado de la palabra concepción.

##### 6. El comienzo de la persona humana. La "concepción"

La historia nos muestra que las cualidades o propiedades que definen a una persona o a un ser humano no son inherentes o absolutas, sino que son un producto de la motivación humana, y se relacionan con el logro de propósitos humanos o sociales. Por ejemplo, antes de 1869, la Iglesia Católica definía que la vida de una persona comenzaba con lo que en inglés se denomina "quickening" (en español: animación, cuando se sienten

los movimientos del feto), pero a la luz de un mejor conocimiento de la biología reproductiva, ese año modificó ese criterio y consideró que la vida comienza con la concepción. Concepción fue una analogía del embarazo, que se entiende médicamente como la implantación embrionaria en la pared uterina. (23) No obstante, con el desarrollo más reciente de las técnicas de reproducción humana asistida esto es aplicado por algunos defensores religiosos para referirse a la fecundación. (24)

Desde el punto de vista cotidiano o del sentido común, la frase "concebir un niño" es de uso corriente. Se la utiliza y entiende comúnmente para referirse a un embarazo actual. Esto es compatible con las ediciones actuales tanto del diccionario Oxford de Inglés como del Diccionario Macquarie y el diccionario de la Real Academia Española. Todos definen "concebir" como, entre otras cosas, "quedar embarazada".

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Sucede que aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocistos) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer. El resto se pierde rápidamente, ya sea antes de implantarse en el útero como a los pocos días de la implantación. (25)

De lo dicho, se desprende que en ambos supuestos, por naturaleza y por TRHA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo; y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

Ahora bien, concretamente, el significado jurídico de la palabra concepción fue establecido y especificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* resuelto el 28 de noviembre de 2012. (26)

Cabe destacar, que no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Además Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional. (27)

La jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para cada juez de la República Argentina; el órgano jurisdiccional local, aun oficiosamente, debe realizar el test de convencionalidad y, en esa labor, debe atender a la interpretación que la Corte IDH hace de la Convención. En efecto, en el caso "*Almonacid Arellano c. Chile*", ese tribunal afirmó, enfáticamente, que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no solo la convención Americana de Derechos humanos sino también la interpretación que de ella hace ese tribunal por ser su intérprete final. Dicho criterio fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en jurisprudencia consolidada que invoca, además, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (Fallos 330:3248). La Corte Federal ha reiterado esta doctrina, entre otras sentencias, en "*Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino*" (28), al reafirmar el control de oficio de constitucionalidad de las normas con base en el deber del control de convencionalidad.

En el caso *Artavia Murillo* la Corte IDH ratificó que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente y condena a Costa Rica al encontrar conculcados los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana.

El conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida el que se encuentra "protegido, en general, a partir del momento de la concepción" y el art. 1.2 que dispone que "persona es todo ser humano". Es decir, si el embrión no implantado es una persona humana.

Para ello, la Corte indaga sobre el sentido y extensión de las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones: (a) el sentido corriente de los términos; (b) sistemática e histórica; (c) evolutiva, y (d) según el objeto y fin del tratado. Veamos cada una de ellas.

(a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La Corte considera que corresponde que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse el término "concepción" contenido en el art. 4.1 del Pacto de San José. A ese fin, resalta que la prueba científica concuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

(b) Interpretación sistemática e histórica

La Corte analiza cuidadosamente cuatro sistemas de Derechos Humanos: el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); el europeo y el africano. Concluye que ningún artículo de todos estos tratados permite deducir que el embrión no implantado es persona en los términos del art. 4.1 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención americana o en la Declaración americana.

(c) Interpretación evolutiva

La Corte reconoce que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la región y que, ante la ausencia normativa, los Estados permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la mayoría de los Estados Parte, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. La Corte considera que estas prácticas en los Estados se relacionan con la manera en la que éstos interpretan los alcances del art. 4º de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

(d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

La Corte concluye que el objeto y fin de la expresión "en general" contenida en el art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, en especial los derechos de la mujer.

Así, en un extenso fallo, la Corte IDH concluye que por concepción debe entenderse implantación y consecuentemente el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de "persona" al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con este punto de partida, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas y deben permitirse y regularse atento a que permiten el cumplimiento o protección de varios derechos: la vida íntima y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

7. El "sistema" del derecho argentino

Sin perjuicio de lo resuelto en el caso Artavia, que zanja la cuestión, existen otros argumentos de peso jurídico que confirman la no personalidad del embrión in vitro.

El art. 19 es parte de un Código por lo que corresponde efectuar una interpretación sistémica. Es que el art. 20, el siguiente, dice que por concepción se entiende el lapso entre el mínimo y máximo del embarazo, y esto sucede cuando el embrión está dentro de una persona y se implanta, sólo allí puede haber embarazo. A su vez, el art. 21 dice que todos los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la persona quedan irrevocablemente adquiridos cuando la persona nace con vida, aludiéndose expresamente a la implantación. A esto se suma el art. 561 que sostiene que, "El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya

producido la concepción en la persona o la implantación del embrión", de lo que se desprende sin dudas que el embrión no es persona, porque de serlo, la revocación del consentimiento se permitiría hasta la fecundación, y no hasta el implante. (29) Sin perjuicio de lo dicho, y lo que es más elocuente aún, es que la disposición transitoria segunda dice que la protección del embrión no implantado se reserva para una ley especial, por lo tanto, se deriva que el embrión no implantado no es persona, de lo contrario, estaría regulado en el propio texto del Código Civil y Comercial y no en una ley distinta y separada de éste. Por último, el Código regula la filiación derivada de las TRHA, con lo que difícilmente para el CCyC el embrión puede considerarse persona.

Esto se condice con lo dispuesto por la ley 26.862, vigente en nuestro país, que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. (30) Precisamente, si esta ley considerara persona al embrión no permitiría ninguno de estos supuestos.

Todo esto genera un sistema cuya conclusión no puede ser otra que la no personalidad del embrión in vitro. Y este arco interpretativo lógico, coherente y sistémico se cierra con el resonado fallo "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### 8. El derecho comparado

La postura de la no personalidad jurídica del embrión in vitro también es receptada en el derecho comparado.

Por un lado, cabe destacar que el TEDH ha manifestado que el embrión in vitro no es persona en varios casos, entre los que se cita, específicamente, el caso *Evans c. Reino Unido* resuelto por la Gran Sala del TEDH el 10 de abril 2007 y más recientemente, el caso *Costa y Pavan c. Italia*, (No. 54270/10) del 11 de febrero de 2013, vuelve a tratar la problemática de los embriones.

Se trata de una pareja casada que padece de una enfermedad llamada mucoviscidosis (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos. Tienen una hija, nacida por métodos naturales afectada con esa enfermedad. Ellos conocieron que eran portadores cuando nació esa hija. Por lo tanto, quisieron tener un segundo hijo, que no esté afectado, y recurrieron a las TRHA. Sucede que la ley 40 reserva el acceso a las TRHA a las parejas estériles o infértiles y contiene una prohibición generalizada del diagnóstico genético preimplantacional (en adelante, DGP).

Agotada la instancia interna, acuden al TEDH que resuelve que la prohibición de la ley italiana importa una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que si bien Italia prohíbe el DGP, al mismo tiempo, autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto, el Tribunal afirmó que "no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico". En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad.

En definitiva, al permitir el DGP, el TEDH no considera a los embriones persona.

El tema de la donación o descarte de embriones, en concreto, está pendiente frente al TEDH. (31)

En similar sentido, también se encuentra la Sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil (32), la Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda. *Roche -v- Roche & ors*, [2009] IESC 82 [2009] y el Tribunal Constitucional (TC) de España que aunque no se ha expedido de manera expresa sobre la naturaleza jurídica del embrión, ha dicho que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación, afirmación que justifica la menor protección de la que son objeto los embriones in vitro. (33) Esta menor protección explica que la STC 116/1999 declare constitucional la crioconservación de embriones, (34) tras afirmar que "los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno". El TC español considera la implantación un momento de necesaria valoración biológica que justifica la menor protección del embrión in vitro.

Sin perjuicio de lo dicho, distintos fallos en el derecho comparado, con diferente alcance, también han descartado la personalidad del embrión. Por un lado, en el caso *"Davis c. Davis"* (35) la Corte Suprema de Tennessee consideró que los embriones no pueden ser considerados personas ante la ley, pero entendió que tampoco deben ser considerados como propiedad o meros objetos. La Corte entendió que constituyen una "categoría intermedia", regida por normas propias (*sui generis*). (36) En otros casos, se consideró a los embriones como propiedad. Así se resolvió en el caso *"Del Zio"* del año 1978. (37)

También en Uruguay se adoptó una solución similar en el fallo del Juzgado Letrado Civil N° 3 de

Montevideo en los autos "L. F., M. y otros c. A. Española s/ daños y perjuicios. Responsabilidad médica" del 22/02/2012, en el que dos matrimonios demandan a un centro de fertilidad por la pérdida de un total de 7 embriones crioconservados producto de una falla mecánica en el aparato de unidad y almacenamiento criogénico.

Por otro lado, las argumentaciones antes expuestas son la base de un conjunto de leyes del derecho comparado relacionadas con las TRHA (38) que ponen de resalto dos cuestiones que se relacionan: a) distinguen los embriones implantados de los conservados in vitro y b) ninguna atribuye calidad de persona a los segundos. (39)

En esta misma línea, la no personalidad del embrión in vitro es reconocida en numerosos códigos del derecho comparado que resaltan la trascendencia del nacimiento con vida como punto de inflexión del proceso de gestación y lo consideran como el comienzo de la personalidad en sentido jurídico, es decir de la titularidad de derechos y obligaciones, sin perjuicio de que se reconozcan y protejan retroactivamente durante el período de gestación derechos sucesorios, de manutención o vinculados a la salud en los casos que corresponda. (40)

Consecuentemente, si el feto no es persona, tampoco lo es el embrión que ni siquiera se encuentra en el útero de la persona y es una etapa previa de desarrollo siguiendo el análisis de la Corte IDH.

En el Código Civil y Comercial, la persona comienza con la concepción; sin embargo establece una condición por la cual los derechos se efectivizan en el nacimiento con vida, de lo contrario, se considera que la persona nunca ha existido. Así, es que el art. 21 expresa: "Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".

#### 9. Los argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión in vitro

Conforme surge del marco jurídico anteriormente analizado, jurídicamente, el embrión in vitro no es persona y, por ello, tampoco es titular de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a nacer. Esta conclusión, a su vez, se funda en los siguientes argumentos relacionados con los principios generales de la bioética.

##### 9.1. No es persona porque no tiene posibilidad de desarrollo

La vida humana es un continuo biológico en constante evolución y desarrollo, más el derecho debe operar seccionando la realidad para así poder captarla mejor y poder proceder a continuación a sus propias valoraciones. De este modo, se introducen en el escenario jurídico dos clases de principios de aproximación a la vida prenatal: el gradualista, conforme al cual se valora la vida prenatal en atención a diversos momentos característicos de su desarrollo, (41) y el de la potencialidad como complemento del anterior, que permite distinguir en la vida humana las posibilidades de diversa intensidad de llegar a nacer por las que puede atravesar el concebido. Este factor es decisivo para la valoración jurídica del embrión in vitro, en tanto no ha sido transferido a una persona. (42)

Sucede que en el caso de los embriones in vitro si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de las dos gametas, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad persona-embrión la que posibilita el desarrollo. (43) El embrión fertilizado in vitro necesita ser implantado en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión no implantado y el implantado en el útero. Mientras el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano. De esta manera, el embrión in vitro carece de la potencialidad (44) de la que si goza el embrión ya implantado.

Dice González Valenzuela: "un cambio esencial es el que implica el paso del estado preimplantatorio del embrión a su implantación en el seno materno. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al otro que es el útero materno; allí desplegará su constitutiva condición de ser-en relación, rasgo humanizante de la vida". (45)

Entonces, mientras el embrión no implantado no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

##### 9.2. No es persona, aunque sea persona en potencia

Se podría plantear que tanto los embriones implantados como los in vitro son personas en potencia; potencialidad que por cierto se presenta más evidente en el embrión ya implantado.

Ahora bien, si se supone, como lo hago en este trabajo, que el embrión humano no es una persona, entonces tampoco es una persona posible o potencial, debido a su potencialidad. ¿Acaso el que tenga potencialidad le da

derecho a nacer, o derecho a realizar ese potencial? Creo que la respuesta debe ser negativa.

Hay un número enorme de "potenciales personas", pensemos en todos los embriones crioconservados existentes y la cantidad de embriones que se seguirán creando como consecuencia de las TRHA. (46) Ninguna de esas "potenciales personas" tiene derecho a llegar a existir como persona; de hecho, desde que las "potenciales personas" no son entidades en absoluto, no está claro cómo podrían ser titulares de derechos. Entonces, si los embriones in vitro ya existentes no pueden tener interés en convertirse en una persona porque no tienen ningún interés en absoluto, entonces no pueden tener derecho a convertirse en una persona y realizar su potencial.

La pregunta relevante para evaluar el impacto que tiene la potencialidad sobre el estatus moral de un embrión es cómo el hecho de que un embrión que tiene potencial para desarrollarse en persona humana, a pesar de que al mismo tiempo es un embrión que no es una persona humana, es suficiente para conferir al embrión el estatus moral que tendrá más tarde al convertirse en persona humana.

Los derechos tienen ese carácter: se basan en las propiedades presentes, y no solo potenciales; son derechos, si han superado la etapa de la mera potencialidad. De modo que la potencialidad del embrión para convertirse en una persona es relevante para el estatus moral que tendrá si se convierte en una persona, pero cuando todavía es un embrión no tiene el estatus moral que tendrá más tarde cuando se haya convertido en una persona. (47)

10. El embrión in vitro: Ni persona ni cosa. La protección

Ya se dijo que el embrión in vitro no es persona, mas tampoco es cosa.

El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un "estatus moral intermedio". (48) Consecuentemente, al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana.

De conformidad con los fundamentos del anteproyecto, (49) negar carácter de persona a los embriones no implantados no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, tal como sucede en numerosas leyes del derecho comparado que, incluso por mandato legislativo, deben ser revisadas periódicamente.

Labrousse Riou señala que el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla, no por lo que representa ontológicamente sino por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. Ahora bien, a ese fin, hay que representar la realidad, concebirla, darle una forma jurídica, preguntándose qué sentido tiene y qué consecuencias concretas están unidas a esa representación. (50)

Para empezar a vislumbrar qué es lícito o ilícito hacer con esta realidad, se debería comenzar por restringir su uso para fines humanos importantes. Ese respeto especial justifica la existencia de normas que limiten el uso y la destrucción de embriones en investigaciones que importen una promesa razonable de curar o aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano, así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos. Por lo tanto, si se tomó —como en el art. 19— la decisión de política pública que importa reconocer que los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y, por ende, exigen un respeto especial, se debe aprobar una regulación apropiada. (51)

En esta regulación, esta protección debería concretarse, entre otras cosas, no sólo en la prohibición de crear embriones humanos gaméticos (52) con otro fin que no sea el de la reproducción humana o el de investigación, o la prohibición de crear embriones somáticos con fines reproductivos —distinto es el caso de los embriones somáticos creados por transferencia nuclear mediante clonación terapéutica que a mi juicio sí deberían permitirse— (53) sino también en la regulación taxativa de los destinos de los embriones sobrantes crioconservados que —al día de hoy, según el estado actual de la ciencia— no pueden ser otros que su utilización por los titulares, la donación con fines reproductivos, (54) la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación sin otra utilización (55) Quedando descartada siempre la comercialización de embriones.

Entonces, incluso si los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y exigen protección especial, esto no tiene por qué ser incompatible con el uso y la destrucción de ellos en investigaciones médicas que importen una promesa razonable de tratar o prevenir enfermedades humanas graves o sufrimiento, tal como fue decidido por la Corte brasileña en la sentencia antes reseñada.

La investigación con células madre de embriones humanos puede contribuir a la próxima generación de asistencia sanitaria al ofrecer tratamientos o remedios posibles para enfermedades intratables o potencialmente mortales, tales como la enfermedad de Parkinson, la diabetes, la apoplejía, las cardiopatías y la ceguera. Las células madre de embriones son únicas porque pueden dar origen a cualquiera de las células del organismo y los científicos utilizan esta característica para formar nuevas células que pueden trasplantarse a pacientes para sustituir tejidos enfermos o lesionados. Por otra parte, los estudios con células madre de embriones permiten a



los biólogos comprender cómo se desarrollan y mantienen nuestros tejidos, y las células madre también se utilizan para el ensayo de nuevos medicamentos, a fin de reducir su riesgo de toxicidad y hacer avanzar la investigación farmacéutica. Por su parte, las células madre de adultos o histoespecíficas se encuentran en ciertos tejidos del organismo y son válidas para determinados tratamientos, pero no en todos los casos. Las células madre pluripotentes inducidas (IPSC, de su nombre en inglés) son células especializadas de adultos que se han reprogramado genéticamente y que si bien tienen muchas propiedades similares a las de las células madre de embriones y la investigación al respecto sigue avanzando; aún no es posible producir estas células de forma útil en clínica ni tratarlas como células naturales. El descubrimiento de las IPSC y los avances que se están consiguiendo con ellas se basan en la investigación con células madre de embriones humanos, y estas siguen siendo importantes para progresar en la investigación con IPSC, al ser complementario el conocimiento derivado de ambos tipos de células. (56)

Esta protección del embrión, aunque diferida para una ley especial, se desprende del propio CCyC, en concreto de sus art. 17 y 57, que impiden su comercialización y manipulación.

Esto mismo prevé el proyecto integral de TRHA que actualmente cuenta con media sanción de la cámara de diputados (581 y 4058-D-14 OD 1003). Por un lado descarta la personalidad del embrión in vitro al prever en el art. 12 que "En caso de criopreservación de gametos o embriones (...), transcurridos diez [10] años desde la obtención del material genético, cesará la criopreservación o serán destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación". (57) Por otro lado, en cuanto a la protección, establece en su art. 14 que "A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe: a) La comercialización de embriones; b) La comercialización de gametos criopreservados; c) Toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia; d) La utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación."

#### 11. La aplicabilidad del art. 17 del CCyC al embrión in vitro

El embrión, aunque ni persona ni cosa, es una parte separada del cuerpo, que como los gametos, las células, los genes, los órganos, etc. está fuera del comercio conforme el art. 17 del CCyC.

El artículo 17 adopta la postura que extiende el reconocimiento de la dignidad atribuida al cuerpo como soporte de la persona a las partes del mismo, asegurando un trato diferenciado respecto de éstas. Este trato diferenciado se asienta primordialmente en la prevalencia del principio de no comercialidad. Tomar una parte separada del cuerpo vivo como una cosa importa autorizar a que entre en el tráfico mercantil desvirtuando la consideración y el respeto por la dignidad humana, respeto que necesariamente debe transmitirse a las partes separadas del cuerpo. (58)

Como sostiene Bergel: Si el criterio es el mercado, palabras como igualdad y dignidad quedan desvirtuadas, pierden peso y con ellas se disuelve la autonomía de la persona falsamente confiada en la libertad de entrada o salida del mercado. (59)

Entonces, el embrión como parte separada del cuerpo está fuera del comercio.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*. (60)

En el caso, el Tribunal Federal de Patentes había declarado nula en diciembre de 2006 una patente controvertida, concedida a Oliver Brüstle registrada en 1997 y referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias, y a la utilización de las células progenitoras neuronales en la terapia de afecciones neurológicas. El fallo se producía al entender del Tribunal, a instancias de la organización Greenpeace EV que la concesión vulneraba el art. 2.2 de la Ley de Patentes alemana que era transposición literal del art. 6º 2) c de la Directiva 98/44. (61) El Tribunal Federal Supremo plantea la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, "no tenía por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas, y que su objeto se circunscribía a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas". Precisó que "aunque la finalidad de la investigación científica debía distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituía el objeto de la solicitud de patente, no podía separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta", con la consecuencia de que "la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el art. 6º, apartado 2, letra c), de la Directiva también se refería a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de

diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil". Con esta decisión el Tribunal de Justicia afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio (62), por razones éticas y morales, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. (63)

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo declara excluido de patentabilidad el empleo de embriones humanos con fines de investigación, pues a su juicio la investigación no puede deslindarse de la posterior explotación comercial e industrial. En otras palabras, no se puede patentar porque la patente implica comercialización e industrialización.

Además, aunque adopta una definición amplia de embrión, lo hace en relación a la posibilidad de patente. Estando en juego la dignidad humana, y en base al principio de precaución, ningún organismo que pudiera ser considerado como un embrión humano debe quedar fuera del concepto de "embrión no patentable".

Ahora bien, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas "personas" o que tengan un derecho subjetivo a la vida.

## 12. La aplicabilidad del art. 57 del CCyC. La prohibición de alteraciones genéticas

Desde el punto de vista ético, la manipulación de embriones humanos plantea la duda sobre la legitimidad de su uso para combatir el desarrollo de desórdenes genéticos en futuras generaciones. El uso científico o las técnicas aplicadas en los embriones suponen tanto dilemas éticos como legales en relación a la dignidad y el derecho. Por lo tanto, es de interés público establecer los límites en referencia al embrión in vitro para tomar actitudes responsables en su manipulación. (64)

En este sentido, el art. 57, mediante una regla general, prohíbe las prácticas que tengan por fin o consecuencia producir una alteración genética del embrión cuando esa alteración, precisamente por afectar al embrión, se transmita a la descendencia.

Aunque en materia terminológica se utiliza una fórmula amplia a los efectos de no quedar obsoleta atento al rápido avance de la ciencia, lo cierto es que la prohibición estipulada en el art. 57 contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia. (65)

La prohibición se funda en que actuar a nivel celular modificando los genes de los individuos significa actuar sobre el patrón genético de la humanidad, es decir, hacer intervenciones técnicas que son poco seguras en un ámbito de riesgo que nos hace ignorar totalmente las consecuencias derivadas de este tipo de intervención. También comprende cuestiones como la integridad personal, la identidad de las personas y del género humano en general. (66)

Ahora bien, lo que la norma prohíbe es alterar o producir una alteración genética, no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el DGP. En otros términos, el art. 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como el DGP, que se analizará luego, en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto.

En otras palabras, lo que la norma procura es que no se altere la especie humana, pero no impide evitar enfermedades o seleccionar embriones con fines terapéuticos.

Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo. (67) Es decir, no prohíbe alteraciones genéticas en personas humanas, que no provoquen consecuencias en la descendencia, sino que sus efectos se limitan a la persona destinataria.

Teniendo en cuenta lo dicho, conforme el estado actual de la ciencia, y atendiendo a la modificación efectuada a la redacción originaria del artículo en cuestión, (68) se entiende que la prohibición abarca técnicas como la terapia génica germinal o in ovo.

La terapia génica, en general, consiste en la búsqueda de cura y/o prevención de enfermedades a nivel genético. Cuando se trata de la terapia germinal o in ovo, se refiere a las intervenciones genéticas en células germinales, es decir, células reproductoras (óvulos o espermatozoides) o embriones. Dichas intervenciones modifican el genoma de estas células, ya sea potenciando, silenciando o disminuyendo los genes defectuosos, por lo que tendrán consecuencias y repercusión tanto en el individuo como en la descendencia de éste. Dicha terapia germinal se diferencia de la terapia génica somática por cuanto esta última modifica células somáticas, es decir, tejidos del cuerpo u órganos no reproductores (hígado, pulmones), músculos, sangre o nervios del paciente; por lo tanto, los efectos de esta terapia sólo son visibles para el paciente intervenido y no modifican su genoma a nivel germinal o reproductivo.

## 13. El impacto de la no personalidad del embrión en las técnicas de reproducción humana asistida. El DGP

El no reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión in vitro tiene un importante impacto en las

TRHA, debido a que permite el acceso a la fertilización in vitro y sus posibles derivados o consecuencias, en especial, el diagnóstico genético preimplantacional.

Si bien el CCyC introduce, como una de sus principales innovaciones, un nuevo tipo filial: la filiación derivada de las TRHA, hay que destacar que las nuevas técnicas reproductivas han abierto las puertas a una planificación de la reproducción que hacen posible no solo tener hijos, sino también evitar enfermedades congénitas, decidir el momento en el que se quiere tener hijos, el sexo de los mismos (69), etc. De esta manera, si bien hasta hace unos años las TRHA eran sólo utilizadas por aquellos que tenían algún problema de fertilidad, tal circunstancia está empezando a cambiar como consecuencia del rápido desarrollo del DGP. (70)

### 13.1. Diagnóstico genético preimplantacional. Conceptos

La OMS define al DGP como una técnica que consiste en el análisis de cuerpos polares, blastómeras o trofooctodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas. (71)

En términos más sencillos puede decirse que el DGP es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona.

El objetivo del DGP es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología.

No obstante, y cada vez con más frecuencia, también recurren al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos, (DGP de Screening de Aneuploidías —DGSA-) ya que este tipo de diagnóstico permite detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad. El objetivo del screening de aneuploidías (cribado de anomalías cromosómicas en embriones in vitro) es mejorar la efectividad de las TRA en parejas con mal pronóstico de embarazo (edad materna avanzada, fallos de implantación, factores masculinos severos y/o abortos de repetición), incrementado la probabilidad de conseguir un niño sano y reduciendo el número de abortos espontáneos. (72)

Recientemente, también se utilizan las técnicas de DGP en casos de predisposición al cáncer (73) y de enfermedades de aparición tardía (74), lo que ha provocado, cierto debate ya que no existe la certeza de que la descendencia vaya a desarrollar la enfermedad, en el primer caso y del momento de la aparición en el otro.

Ahora bien, además de estos fines, en la última década también se está comenzando a utilizar el DGP "extensivo" que es una técnica (75) que permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que pueda proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea este su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético preimplantacional (76) para evitar una condición genética grave en el niño resultante. (77)

En sus modalidades, el DGP es una práctica cada vez más frecuente. Según un reporte del año 2011 del Registro Latinoamericano, centros en Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Venezuela informaron sobre 1028 ciclos con DGP, a partir de los cuales 534 embriones fueron transferidos. La edad media de las mujeres que acudieron al DGP después de la transferencia de embriones fue de 36 años (23 a 52 años). Una media de seis embriones fueron analizados en cada ciclo, y una media de dos fueron normales. 203 embarazos clínicos y 153 partos (129 únicos, 24 gemelos) fueron registrados. Se registra un total de 177 bebés nacidos después del DGP, ninguno de los cuales informó algún defecto de nacimiento. (78)

### 13.2. Cuestionamientos éticos. Argumentos a favor y en contra

El DGP crea una multiplicidad de cuestionamientos, todos de una enorme complejidad que permiten dividir los argumentos en dos grandes posturas: a favor y en contra.

#### 13.2.1. Argumentos a favor del DGP

En general, entre los argumentos a favor del DGP se incluyen:

1. El derecho a la opción reproductiva de las personas que tratan de tener hijos.
2. El DGP se presenta como una alternativa al diagnóstico genético prenatal convencional en personas con riesgo de tener un niño con un trastorno genético.

El DGP evita tener que considerar la terminación de un embarazo clínico y, en este sentido, algunas personas consideran que el DGP es moralmente más aceptable que la interrupción del embarazo. En el contexto de elección entre el DGP y la interrupción del embarazo, el DGP se presenta como más beneficioso para la salud, el bienestar y la seguridad de la mujer. Es decir, el DGP es una mejor opción que las pruebas prenatales en las primeras etapas del embarazo desde el punto de vista físico, psicológico y emocional de la mujer

afectada.

3. Teniendo en cuenta que el DGP es un medio para evitar el sufrimiento de potenciales o futuros niños, de sus madres y padres y de las familias, es coherente con los objetivos tradicionales de la medicina que consisten en evitar el sufrimiento o aliviarlo siempre que sea factible hacerlo.

Sobre esta base, se podría considerar como moralmente equivocado concebir un hijo cuando existe un alto riesgo de transmisión de una enfermedad grave o defecto. De acuerdo con este punto de vista, la decisión de utilizar el DGP para evitar la implantación de embriones con defectos graves es moralmente loable.

4. El DGP ofrece tranquilidad a las mujeres en edad avanzada y personas con riesgo de tener un hijo con un trastorno genético. La disponibilidad del DGP puede mejorar las opciones de procreación de las personas.

5. El DGP importa hacer uso del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y consecuentemente acudir a la medicina para prevenir la transmisión de trastornos genéticos.

6. El DGP se justifica por los posibles beneficios sociales que importan de la reducción de la carga de una enfermedad.

7. Por último, también se argumentan razones económicas que apoyan la libertad reproductiva de elegir el DGP. Esto es particularmente relevante dado el costo cada vez mayor que importan la atención de salud para enfermedades crónicas. Con el DGP, los gastos se afrontan desde el principio y los costos relativos a condiciones de aparición tardías puede ser significativamente mayores en comparación. Los pacientes con condiciones genéticas deben someterse a pruebas repetidas y a tratamientos que van desde la edad adulta temprana en adelante. El impacto psicológico de estas enfermedades debe también ser considerado.

#### 13.2.2. Argumentos en contra del DGP

En general, entre los argumentos en contra del DGP se incluyen:

1. La incapacidad para predecir el progreso médico en el plazo largo.

Algunas enfermedades causadas genéticamente como los síntomas de la enfermedad de Huntington sólo se desarrollan cuando la persona está en sus 30 o 40 años, consecuentemente se argumenta que pueden vivir durante muchas décadas sin sufrir los deterioros de las enfermedades. Se argumenta además que en el momento en que los niños alcancen sus 30 o 40 años, es probable que se haya encontrado una cura para esas enfermedades

2. La posibilidad de un diagnóstico erróneo.

Existe preocupación en cuanto al valor predictivo de la prueba genética. Un óvulo fecundado genéticamente anormal, si se le permite madurar y producir un bebé nacido vivo, podría no generar necesariamente una enfermedad o trastorno en el individuo

3. El DGP supone o se presenta como el inicio de una "pendiente resbaladiza" que conllevaría usos inaceptables de la tecnología genética para controlar características no relacionados con enfermedades de niños y generaciones futuras. [\(79\)](#)

4. Existe un creciente movimiento de personas con discapacidad construido sobre la creencia compartida de que muchos de los problemas que interfieren con la calidad de sus vidas son causados, no exclusivamente por la discapacidad, sino por la ignorancia de las demás personas, el miedo a la diferencia y las barreras institucionales y legales de la sociedad. El DGP fortalecería ese discurso.

5. Se considera que el DGP tiene el potencial de enviar un mensaje sobre el valor negativo de aquellos individuos que viven con una determinada enfermedad, incluyendo los que tienen la mutación para la enfermedad pero aún no la han desarrollado.

6. El DGP funciona para prevenir el nacimiento de personas con una determinada enfermedad, no como un tratamiento o cura para esa enfermedad. Este escenario ha sido llamado como el problema de la "no-identidad".

7. Por último y principalmente se argumenta que el DGP implica la selección de embriones y puede implicar su eliminación, es decir, el descarte de embriones. [\(80\)](#)

#### 13.3. Aclarando conceptos. La selección de embriones

El DGP es una técnica que no implica un tratamiento diferente a todos los procedimientos de técnicas de alta complejidad que conlleva la formación de embriones y la correspondiente criopreservación. Sucede que la selección de los embriones que tienen mayores probabilidades de fertilizar constituye una práctica implícita en las TRHA. No obstante, como se dijo, uno de los aspectos más controvertidos del DGP surge en relación con los embriones in vitro descartados después de la selección. En los casos de DGP "normal", los embriones

descartados (81) son aquéllos que no son aptos para la reproducción por estar afectados por la enfermedad hereditaria que se desea evitar, mientras que en el DGP "extensivo", serían descartados no solamente los afectados por la enfermedad sino también aquéllos otros que no sean compatibles para el trasplante que se pretende realizar con posterioridad. (82)

Descartada la personalidad del embrión in vitro, cabe además resaltar que los niños afectados de graves enfermedades debilitantes sí son personas que sufren como consecuencia de su enfermedad y que deberían ser asistidos por todos los medios disponibles a fin de curar sus dolencias o, cuando menos, paliar su sufrimiento cuanto sea posible. Consecuentemente, coincido con Soutullo quien afirma que resulta un sinsentido moral dar prioridad a la protección de los embriones descartados procedentes de un diagnóstico preimplantacional, amparándose en criterios morales basados en una metafísica particular, frente a la necesidad de ayuda médica a niños enfermos que podrían beneficiarse de tratamientos curativos merced al trasplante celular que la selección embrionaria puede permitir. (83)

#### 13.4. Aclarando conceptos. Eugenesia

Como se vio, otro argumento de peso en contra del DGP son sus posibles fines "eugenésicos". La posibilidad del abuso indebido de las nuevas aplicaciones en DGP así como las indicaciones de índole no médico generan polémicos debates. Éstos comúnmente se basan en argumentos deontológicos y no tanto en la deliberación bioética. (84)

El término eugenesia hace referencia a la manipulación y aplicación de métodos selectivos en busca del perfeccionamiento de la especie humana.

Es posible diferenciar entre eugenesia positiva o negativa. La primera incluye todo intento destinado a mejorar la dotación cromosómica o rasgos físicos y mentales, mientras que la eugenesia negativa obra evitando la transmisión de genes alterados ya sea mediante la eliminación física de sus portadores o bien impidiendo la reproducción de estos individuos. De acuerdo a esta clasificación, el DGP se consideraría una forma de eugenesia negativa ya que comporta la discriminación embrionaria basada en las características genéticas. (85)

El aborto tras la realización de un test de diagnóstico también es considerado como eugenesia negativa por una parte importante de la sociedad, llegando a estar prohibido en algunos países. Sin embargo, no todos aquellos que consideran el aborto terapéutico como una práctica eugenésica suelen presentar objeción a la técnica de DGP por los mismos supuestos, ya que en este caso la selección se realiza in vitro (86), previamente a que se haya producido la gestación.

Hoy se acepta desde una bioética laica con límites en "modificaciones sustanciales que colocarán a unos seres humanos sobre otros" una eugenesia con usos terapéuticos como parte de la biomedicina predictiva. Mayor rechazo genera la eugenesia perfectiva, la ingeniería genética de mejora. Moralmente, desde una ética laica, entendida la ética —según Sádaba— como la promoción del bien y el impedimento de hacer el daño, en principio no existen problemas para ninguna de las intervenciones. (87) No obstante, Daniel Soutullo considera que es necesaria una distinción, atento a que no es aceptable de igual modo el evitar una enfermedad en una persona que la va a sufrir inexorablemente que potenciar la resistencia frente a enfermedades que puede ser que no se lleguen a contraer nunca. Se discrimina a los individuos que se tratan con estas intervenciones de mejora, puesto que no sería posible someter a toda la población a estos tratamientos de mejora. No es igual eliminar una dolencia real que tratar una posibilidad, o bien realizar una terapia que potencia, por ejemplo, la inteligencia, con riesgos gravísimos de discriminación social. (88)

Independientemente de las creencias de cada cultura, existe una responsabilidad de profesionales y pacientes frente a la descendencia que obliga a adoptar actitudes prudentes ante decisiones reproductivas que afectan a la calidad de vida de futuras generaciones. De acuerdo a los principios de la bioética, la técnica se justifica por buscar el bienestar de la descendencia evitando la transmisión de alteraciones genéticas graves. Supone un aumento de la autonomía de los padres garantizando el derecho a la libertad individual de decidir. A su vez, permite seleccionar aquella opción que mejor se adapta a sus principios morales, reduciendo la carga psicológica que implicaría el tener que recurrir al aborto terapéutico de fetos afectados en el caso de no realizar el DGP. Así mismo, el DGP cumple con el principio de no maleficencia al presentarse como una técnica segura, pues no existen evidencias que demuestren efectos nocivos de la biopsia en el desarrollo embrionario y posterior implantación tras la transferencia. Dependiendo de la percepción individual del estatus moral del embrión preimplantacional, la valoración del principio de maleficencia puede verse interpretada de forma distinta. En cualquier caso, resulta comprensible el deseo de los progenitores de tener un hijo sano, por lo que negar la opción del DGP comportaría la obligación de tener hijos afectados para determinadas patologías aún sabiendo que técnicamente es posible evitarlas. (89)

En definitiva, mayoritariamente se considera que la aplicación responsable de la técnica propugna el

bienestar de las personas, cumpliendo con la obligación ética de lograr los máximos beneficios y reducir el daño.

En este sentido, algunos bioeticistas han comenzado a sostener que determinados padres tienen el deber moral de recurrir al DGP para tener un niño sano. Argumentan tres razones: el aumento del bienestar del niño, la ampliación de su autodeterminación, y la reducción de las desigualdades. [\(90\)](#)

En similar sentido Zuradzki se posiciona a favor del diagnóstico genético preimplantacional argumentando que si los embriones creados in vitro fueran capaces de decidir por sí mismos de una manera racional, a veces elegirían el DGP como método de selección. Las parejas, por lo tanto, deben respetar sus decisiones hipotéticas en un principio similar al de la autonomía del paciente. En su tesis el autor demuestra que sin importar la moral que la pareja suscriba, deben llevar a cabo el procedimiento de DGP en las situaciones en las que es imposible implantar todos los embriones creados y si hay un riesgo significativo de dar a luz a un niño con graves condiciones. [\(91\)](#)

### 13.5. Situación legal del DGP en la Argentina

En nuestro país, aun antes de la sanción de la ley 26.862, el DGP (extensivo) fue autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. [\(92\)](#)

Luego de la sanción de esta norma, la jurisprudencia se divide en cuanto a su contemplación legal. Mientras una parte de la jurisprudencia [\(93\)](#) considera que no está comprendida en la ley y consecuentemente no es obligatoria su cobertura, otra, efectuando una correcta interpretación de la norma afirma que sí. [\(94\)](#)

Por mi parte entiendo que de conformidad con el principio bioético de justicia, y efectuando una correcta interpretación sobre la base del principio de igualdad de la ley 26.862, acorde, por lo demás, con el Derecho comparado, parte de la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional de los Derechos humanos, [\(95\)](#) se debe afirmar que el DGP está amparado por nuestro ordenamiento jurídico y debe estar cubierto por el sistema de salud. De lo contrario, habrán en el futuro enfermedades que solo afectarán a personas que carecen de recursos. Sólo quienes tienen posibilidades económicas de afrontar el costo de la realización de una práctica que, por lo demás, está permitida, podrán acceder a la misma y tener hijos —sanos— mediante dicho método.

Asimismo, un sector importante de la doctrina de nuestro país señala que con-forme a nuestro ordenamiento jurídico no existen obstáculos que impidan llevar adelante la técnica de DGP. [\(96\)](#)

Por otro lado, ya se vio que la prohibición estipulada en el art. 57 no contempla el DGP. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que señala que el DGP no está legalmente contemplado en la ley 26.862, sin perjuicio que su inclusión "puede producirse pronto, pues el proyecto de unificación de código civil y comercial tiene media sanción, y se considera comprendido en el art. 57 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado —normativa inserta dentro de un articulado que contempla ampliamente la incidencia que en distintos ámbitos del derecho tiene la aplicación de las técnicas de fecundación asistida—. [\(97\)](#)

### 14. Breves palabras de cierre

"Cuando no se dice, se oculta o se deforma lo que se piensa, utilizamos el concepto de hipocresía. Cuando se dice con intención de engañar, usamos el concepto de mentira. Cuando en la organización se dice de diferentes maneras contradictorias lo que se piensa, entonces recurrimos al concepto de doble discurso o doble mensaje. Cuando hay diferencias entre lo dicho y lo que se piensa, hablamos de ideologías o promesas incumplidas...". [\(98\)](#)

He tratado de hablar con coherencia. De darle a las palabras su verdadero significado. No desconozco que seguirán estando quienes quieren continuar debatiendo, solo espero entonces que se trate de un debate serio, con argumentos y fundamentos científicos, para que no sea ni una hipocresía, ni una mentira, ni un doble discurso, ni mucho menos se trate de ideologías.

(\*) Este trabajo tiene como base el siguiente: LAMM, Eleonora. El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, en Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, (Marisa Herrera y Marisa Graham, coords.) 1° edición, pp. 413 y ss.

(1) Cuando en este trabajo utilizo la palabra embrión, estoy refiriéndome al embrión in vitro que comprende al óvulo fertilizado aun no implantado en el útero. Descarto la utilización del término preembrión porque los propios científicos que trabajan en el campo de la reproducción asistida consideran esta terminología un eufemismo. Véase, por ejemplo, VEIGA, A. El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre. Barcelona, La Magrana, 2011. Se trata de una terminología que no es uniforme ni universalmente aceptada, aunque creo en algún punto sería necesaria su implementación.

(2) FARSIDES, B. y SCOTT, R. "No small matter for some: practitioners' views on the moral status and

treatment of human embryos." *Medical Law Review*, 20, Winter 2012, pp. 90—107, pp. 90.

(3) OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. CASADO, M. (Coord.) Signo. Barcelona. 2008. Disponible en: [http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion\\_Reprod-Asistida.pdf](http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf).

(4) FARNÓS AMORÓS, E. Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 135 y ss.

(5) Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157 [1973] ("No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta"). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton c. The Secretary of State for Health, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 ("No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que 'la vida' realmente empiece"). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche c. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C. J. ("En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad de momento preciso cuando comienza la vida humana"); Voto del juez Denham J., párr. 46 ("Esto no es el arena adecuada para tratar de definir 'la vida', 'el comienzo de la vida', 'el momento que el alma entra en el feto', 'vida en potencia', 'la singular vida humana', cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución"). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 ("Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no solo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión"). TEDH, Caso Vo. c. Francia, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

(6) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Aportes del CELS a los debates legislativos sobre derechos sexuales y reproductivos. 2015. Disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels\\_aborto\\_WEB\\_con\\_tapas%20.1.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20.1.pdf).

(7) CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado [2014].

(8) Posición que también puede ser cuestionada en virtud de que al parecer, para el propio Vélez Sarsfield esa persona no siempre estaba protegida desde que, según algunos datos históricos, en el asunto Camila O'Gorman, antes de proceder al fusilamiento, Rosas consultó a Vélez y él le dijo que era posible el cumplimiento de la pena de muerte, aunque ella estuviese embarazada. Véase, entre otros, RODRÍGUEZ, Marisa; GRAPPASONNO, Nicolás. Pena de muerte en Argentina, retrospectiva histórica. Disponible en: [http://www.cmfbas.org.ar/archivos/12\\_RP5-16-Pena%20de%20Muerte.pdf](http://www.cmfbas.org.ar/archivos/12_RP5-16-Pena%20de%20Muerte.pdf). (Compulsado el 10-05-2011). AREA, LEILA. Entre la familia y la barbarie: el caso Camila O'Gorman. Disponible en: <http://evenements.univ-lille3.fr/colloque-barbarie2008/seminaires/Lelia-Area.pdf>. (Compulsado el 10/05/2011).

(9) conf. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 14/05/2012, "P. D. y otro c. OMINT s/", Cita: MJ-JU-M-73426-AR | MJJ73426, en esta misma línea ver ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E., "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados - Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes", ED, 182-1645; MAZZINGHI, Jorge A., "Breve reflexión sobre la fecundación in vitro", La Ley 1978-C-993, BAIGORRIA, Claudia E.; SOLARI, Néstor E., "El derecho a la vida en la Constitución Nacional", La Ley-1994-E-1167, CAFFERATA, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED-130-729

(10) Ver entre tantos otros, LEVY, Lea M., "Fertilización asistida", RDF 1996-10-178; KRASNOW, Adriana N., La filiación, Buenos Aires, 2006, La Ley, Págs. 185 y ss.; BERGEL, Salvador Darío, "De embriones, patentes y dignidad humana", La Ley 05/03/2012, 6-DFyP 2012 (abril), 227; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", La Ley 28/12/2012, 1, La Ley 2013-A, 907; ARGANARAZ, Mariangel MONJO, Sebastián, "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", de 28/11/2012",

DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 223; SILVANI, Claudia, "Fertilización asistida. Análisis de la ley 26.862", SJA 2013/07/10-64, JA 2013-III; ROSALES, Pablo O., "Breve reseña de la reciente Ley Nacional 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida", DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 72; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 24 y "El derecho a la vida en el Proyecto de Código", LA LEY 28/09/2012, 28/09/2012, 1, La Ley 2012-E, 1376; FAMÁ, María Victoria, "Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas", DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 104; CIRUZZI, María S., "La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética", 19/06/2013, MJ-DOC-6326-AR | MJD6326 y "La 'reforma' al proyecto de reforma al Código Civil y Comercial: el gatopardismo como receta Política", 4/12/2013, MJ-DOC-6530-AR | MJD6530, por citar algunos.

(11) Reciente el Parlamento Europeo pidió a la Comisión Europea y a la OMS que retiren los trastornos de identidad de género de la lista de enfermedades mentales y del comportamiento; pide a la Comisión que redoble sus esfuerzos para acabar con la medicalización de las identidades trans; anima a los Estados a garantizar procedimientos de reconocimiento de género rápidos, accesibles y transparentes que respeten el derecho a la autodeterminación. Resolución del Parlamento Europeo, de 12/03/2015, sobre el Informe anual sobre los DDHH y la democracia en el mundo [2013] y la política de la UE al respecto.

(12) En el caso, la CSJN trató la constitucionalidad de la anticoncepción hormonal de emergencia, fallando en su contra. Por mayoría simple, resolvió prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un tipo especial de AHE, el fármaco llamado "Imediat".

(13) BERGALLO, Paola, "El debate jurídico en torno a la anticoncepción de emergencia: una mirada comparada", en: ARILHA, SOUZA LAPA y CRENN PISANESCHI (coords.), *Contracepção de Emergência no Brasil e América Latina: Dinâmicas Políticas e Direitos Sexuais e Reprodutivos*, Coleção Democracia, Estado Laico e Direitos Humanos de la Comissão de Cidadania e Reprodução, São Paulo, Oficina Editorial, 2010.

(14) Ver MENÉNDEZ, V., "Portal de Belén. La evidencia científica y la deliberación ética en un precedente de la Corte Suprema", 2009, inédito. La autora realizó un exhaustivo e indispensable trabajo de investigación respecto de cada una de las citas referidas por la Corte Suprema en el fallo "Portal de Belén", con el objetivo de demostrar su invalidez y encarar su necesaria relectura. Ver también BASTERRA, Marcela, "Prohibición de la píldora del 'día después'; un lamentable retroceso del principio de autonomía personal", publicado en LL, 2002, p. 636; ROSSI, F., "La anticoncepción hormonal de emergencia en jaque. 'Portal de Belén': un precedente para el olvido", Colección Máximos Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Derecho de Familia, Tomo IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 484 y ss.

(15) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Aportes del CELS a los debates legislativos sobre derechos sexuales y reproductivos. 2015. Disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels\\_aborto\\_WEB\\_con\\_tapas%20-1-.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20-1-.pdf).

(16) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias. Para ampliar véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", Revista La Ley, 28/09/2011, p. 3 y ss.

(17) Juz. Civ., n° 56, 28/04/1995, "R., R", LL, 1996-C, 464.

(18) CNCiv., Sala I, 03/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D.", LL 2001-C, 824; JA 2000-III, 630 y ED 185, 412.

(19) Dictamen del 15/07/2014 en los autos: "García Yanina Soledad c. OSDE s/ prestaciones médicas (expte. FSM 433812013), inédito.

(20) Véase Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Eleonora LAMM y Marisa HERRERA, Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como "Defensor de los Embriones" La Ley del 14/10/2014, p. 1.

(21) Finalizada la primera etapa de redacción por parte de la comisión creada por dec. 191/2011 e integrada por el Dr. Lorenzetti, y las doctoras Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que concluyó con la entrega del proyecto a la presidenta en marzo de 2012, el art. 19 establecía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado." La primera frase respondía a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos expresan que "no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha



conservado hasta su antigua terminología". La segunda frase se presentaba como una de las tantas novedades de la reforma para responder a la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. La fórmula propuesta era consonante y coherente con la regulación de la filiación derivada de las TRHA también contemplada en el proyecto. Esta primera etapa fue seguida de una segunda etapa de análisis por el poder ejecutivo, durante la que se introdujeron algunos cambios —aunque, esta vez, ninguno en el art. 19— para finalmente enviarse al poder legislativo para su tratamiento. Con este tratamiento y análisis por el poder legislativo, para lo que se formó una comisión bicameral, comenzó la tercera etapa, en la que se desarrollaron numerosas audiencias públicas en distintas provincias del país. Esta comisión bicameral presentó un dictamen el 13 de noviembre proponiendo para el art. 19 la siguiente fórmula: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer." Agregándose como disposición transitoria segunda que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (Corresponde al art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación) Como fácilmente se puede observar, se eliminó la desafortunada frase "en el seno materno", mejorando la fórmula. Además se eliminó el último apartado del artículo, transformándolo en una disposición transitoria.

(22) BASSET, U. C., "Consideraciones generales del proyecto unificador." Ponencia presentada en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; HERRERA, D. A., LAFFERRIERE, J. 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." Sup. Const. 2013 (abril), 16. LA LEY 2013-B.

(23) INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS (FIGO) Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health. Recommendations: definition of pregnancy. London: FIGO; 2003. pp. 43.

(24) DICKENS, B. M., COOK, R. J. "Acquiring human embryos for stem-cell research." International Journal of Gynecology and Obstetrics [2007] 96, pp. 67—71.

(25) ZEGERS- HOCHSCHILD, F., "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica", en CASADO, M. y LUNA, F. (coords.), Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica, Civitas-Thomson, 2012, p. 184 y ss.

(26) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E., "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", Revista La Ley, 28/12/2012, p. 1 y ss.; La Ley 2013-A, 907.

(27) Es dable recordar que la Corte Federal en el caso "Mazzeo" (Fallos 330:3248) enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" lo cual importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20º). Esta pauta de interpretación no lo es sólo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del estado como lo es el Legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado "bloqueo de la constitucionalidad federal".

(28) CSJN Fallos 335:2333.

(29) Para ampliar este tema véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", Revista La Ley, 28/09/2011, p. 3 y ss. Comentario del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias.

(30) Así, la reglamentación se dedica expresamente a la cuestión del consentimiento y su revocación, sosteniendo que "El consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, la Ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la Ley 25.326 de protección de los datos personales". En lo que respecta a la revocación del consentimiento se afirma que "En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción

médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión".

(31) Application no. 46470/11. Parrillo c. Italy.  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22parrillo%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%7D>

(32) En esta sentencia se sostuvo que la posibilidad de investigar con embriones no significa un menosprecio por el embrión in vitro, sino una disposición firme "para acortar los caminos que podrían conducir a la superación de la desgracia ajena". Esta circunstancia opera en el marco de un orden constitucional que califica la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad "fraterna". La incorporación del constitucionalismo fraterno a las relaciones humanas se traduce en una verdadera comunión de vida, o vida social, en un clima de gran solidaridad para beneficio de la salud y contra eventuales golpes del azar o de la propia naturaleza. El contexto de legalidad fraterna, compasiva y solidaria, lejos de traducir desprecio o falta de respeto por los embriones congelados in vitro significa aprecio y respeto por los seres humanos que padecen sufrimiento y desesperación. La no violación del derecho a la vida y de la dignidad humana en la investigación con embriones significa la celebración solidaria de la vida y alienta a aquellos que están al margen del ejercicio concreto e inalienable de los derechos a la felicidad y a vivir con dignidad. Supremo Tribunal Federal del Brasil. ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

(33) Conf. STC 53/1985 del 11 de abril. En esa oportunidad —en el marco de un proceso en el que se debatía la declaración de inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto en determinados supuestos solicitada por un grupo de 54 diputados— sostuvo que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte". La STC 212/1996, Pleno de 19 de diciembre reiteró la tesis anterior.

(34) Afirmó que la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias. (FJ. 11).

(35) El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización in vitro, creándose 7 embriones, que en el momento del divorcio estaban crioconservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la "custodia" de esos embriones. Junior Davis se oponía a la implantación de los embriones.

(36) "Davis c. Davis", 842 South Western Reports 588 [1992].

(37) "Del Zio c. Columbia", Presbyterian Hospital, Case N° 71-3588 (SDNY, 1978). El fallo surgió cuando un médico deliberadamente eliminó los embriones in vitro de una pareja. Un jurado de Nueva York resolvió indemnizar a la pareja con USD 50.000 por la imposición intencional de angustia emocional, evitando darle un valor monetario al propio embrión.

(38) Entre otras, España: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Reino Unido: Human Fertilisation and Embryology Act 2008; Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud -OMS-); Canadá: Assisted Human Reproduction Act. 2004, c. 2; Bélgica: Law on embryo research (11 de mayo del 2003); Finlandia: No. 488/1999 Medical Research Act. Sección 2 (295/2004); Holanda: Act containing rules relating to the use of gametes and embryos (Embryos Act). División 1; República Checa: Act on Research on Human Embryonic Stem Cells and Related Activities and on Amendment to Some Related Acts. Citation: 227/2006 Coll. Part: 75/2006 Coll. Sección 2; Suiza: Federal Act on Research Involving Embryonic Stem Cells (Stem Cell Research Act, StFG) del 19/12/2003, modificada el 15/02/2005, etc. La ley de técnicas de reproducción asistida del Uruguay, Ley 19.167, sancionada el 12/11/2013, si bien no se define el concepto jurídico de persona, un análisis sistémico de su articulado permite concluir que el embrión in vitro no es considerado persona. Véase HERRERA, M. Y LAMM, E. "La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay." Revista La Ley, 02/12/2013, 1.

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.- HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", Revista La Ley, 10/07/2012, p. 1 y ss., La Ley 2012-D, 925.

(40) Código Civil de Brasil. Art. 2º Código Civil de Bolivia. Art. 1º. Código Civil de Chile Art. 74. Código Civil de Colombia. Art. 90. Código Civil de Costa Rica. Art. 31. Código Civil de Cuba: Art. 24. Código Civil de

Ecuador. Art. 60. Código Civil de Guatemala. Art. 1º. Código Civil de Honduras: Art. 51. Código Civil Federal de México: Art. 22. Código Civil de Perú: Art. 1º. Código Civil de El Salvador: Art. 72; Código Civil de Venezuela: Art. 17. Código Civil de Portugal: Art. 66 Código Civil de España: Art. 29. Código Civil de Alemania Sección I. Código Civil de Suiza Art. 11. 1. Art. 31. Código Civil de Holanda Art. 1:2 Código Civil de Italia.

(41) La posición gradualista se basa en la atención al proceso gradual de la gestación en orden a determinar la progresiva implicación de la protección jurídica del "nasciturus". Esto significa que se considera que el embrión humano debe gozar indudablemente de protección, en cuanto que es una forma de vida humana, pero no de forma absoluta, sino gradual. Conforme esta posición, en nuestro derecho hay vida desde la concepción, pero del derecho fundamental a la vida se deduce una distinta valoración para la vida humana en formación y la vida de la persona; la vida en formación está protegida y su tutela comienza con la gestación, un proceso en cuyo devenir, la vida embriológica o fetal presenta diferencias cuantitativas en la valoración y protección jurídicas: "vale más cuanto más se aproxima al momento del nacimiento". VIVES ANTÓN, Tomás. S. Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 2 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 768 y 769.

(42) ROMEO CASABONA, Carlos María. "El estatuto jurídico del embrión humano". Monografías Humanitas. Disponible en: <http://www.fundacionmhm.org/pdf/mono4/Articulos/articulo8.pdf>.

(43) Véase Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología. Comentarios sobre tres proyectos que intentan regular los usos de las técnicas de reproducción asistida. 21 de abril de 2003 y Segundo informe y recomendación sobre clonación humana. 2 de agosto de 2004.

(44) El Comité Consultatif National d'Ethique de Francia, en su Opinión nº 08 relativa a "recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques" del 15 de diciembre de 1986 dice: "El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona y no de la cosa o del animal. Debería ser considerado éticamente como un sujeto en potencia, como una alteridad de la que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros". Disponible en: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis008.pdf>.

(45) GONZÁLEZ VALENZUELA, J., Genoma humano y dignidad humana, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 153.

(46) La Sociedad sobre Tecnología Reproductiva (SART)-RAND recopiló datos de 430 clínicas de TRA que tenían embriones crioconservados en los Estados Unidos y reveló que casi el 4% de los 400.000 embriones estaban crioconservados por razones que incluyen: pérdida de contacto con el paciente; abandono, muertes de pacientes, espera del plazo de 7 años para descartar, falta de decisión sobre la transferencia a otro Estado, a la espera de una decisión sobre la disposición o la donación a la investigación o a otro pareja, en espera de la decisión final en caso de divorcio. HOFFMAN, D. I.; ZELLMAN, G. L.; FAIR, C. C.; MAYER, J. F.; ZEITZ, J. G.; GIBBONS, W. E. et al., "Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research", en *Fertil Steril* 2003, 79, pp. 1063/1069.

(47) BROCK, D. W., "Creating Embryos for Use in Stem Cell Research. Creating Embryos for Use in Stem Cell Research", en *Journal of Law, Medicine & Ethics* 38, nº 2, 2010, pp. 229/237.

(48) RAPOSO, V. L. y OSUNA, E., "Embryo dignity the status and juridical protection of the in vitro embryo", en *Med Law* 2007, nº 26, pp. 737/746; BROCK, D. W., "Is a consensus possible...", op. cit.

(49) Estos dicen: "el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el Anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia".

(50) LABROUSSE RIOU, C., *Écrits de bioéthique*, París, PUF, 2007, p. 161.

(51) BROCK, D. W., "Is a consensus possible...", op. cit.

(52) Para la distinción entre embriones gaméticos y somáticos, véase CASADO, M. "En torno a células madre, pre-embriónes y pseudo-embriónes: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB." *Revista de bioética y derecho*. Número 19 - Mayo 2010.

(53) En España, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica en el punto primero de su art 33 prohíbe "constituir preembriones o embriones para la investigación", no obstante, en el segundo punto de ese mismo artículo, abre la posibilidad de "activación de ovocitos mediante transferencia nuclear", para referirse a lo que se designa como embriones somáticos.

(54) En una postura actualmente minoritaria algunos autores nacionales y extranjeros (véase, ANDERSON, M. L. "Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation" 35 Capital University Law Review, 589, 2006, pp. 607 y ss.; MERCER, B. S. "Embryo adoption: where are the laws?" 26, Journal of Juvenile Law 73, 2006, pp. 82-83) propician la adopción de embriones. Esta posición deriva, obviamente, de considerar al embrión persona. Cabe destacar que la adopción es una figura ajena a la situación, no sólo en lo que respecta a la relación jurídica sustancial, sino también en cuanto al procedimiento judicial de la adopción, absolutamente inaplicable a los embriones.

(55) En una resolución interlocutoria del 16/09/2013, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 82 dispuso que un centro médico (Hospital Italiano) procediera a la destrucción de los embriones de un matrimonio que en pleno proceso de divorcio solicitan conjuntamente tal proceder.

(56) En el marco de la Iniciativa Ciudadana Europea "One of Us" (Uno de nosotros), la Comisión Europea (Bruselas, 28 de mayo de 2014) sostuvo que el marco financiero existente, debatido y acordado recientemente por los Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo, es el apropiado, es decir, se debe continuar con la financiación. La iniciativa "One of us" había pedido a la Unión Europea (UE) que pusiera fin a la financiación de actividades que conlleven la destrucción de embriones humanos, en particular, en los ámbitos de la investigación, la ayuda al desarrollo y la sanidad. Tras registrar su propuesta, los organizadores de la iniciativa reunieron más del millón de firmas requerido de al menos siete Estados miembros de la UE. La Comisión Europea aplica una triple restricción a toda investigación en materia de células madre de embriones humanos: 1) cumplimiento de la legislación nacional; los proyectos de la UE deben respetar la normativa del país en el que se realiza la investigación; 2) todos los proyectos han de ser validados científicamente en una revisión inter pares y deben superar un riguroso examen de carácter ético; y 3) la financiación de la UE no debe utilizarse en la derivación de nuevas líneas de células madre de embriones, ni en actividades de investigación que destruyan embriones, incluida la obtención de células madre de embriones humanos. La Comisión considera que este sistema que se estructura en una triple restricción, está enteramente en consonancia con los Tratados de la UE y con su Carta de Derechos Fundamentales. El sistema, que ya se venía aplicando en anteriores programas de investigación de la UE, fue aprobado por los Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo con motivo de la aprobación de la legislación de Horizonte 2020 en 2013. Entre 2007 y 2013, la UE ha financiado 27 proyectos de colaboración en el ámbito de la sanidad que suponían el manejo de células madre de embriones humanos, con una dotación presupuestaria de 156,7 millones EUR del presupuesto de la UE. La dotación total en el terreno sanitario fue en el mismo período de unos 6 000 millones EUR.

(57) El resaltado me pertenece. Cabe destacar que la terminología original del proyecto hablaba de "descarte" de embriones. Término que fue sustituido por "cese de crioconservación" aunque con el mismo alcance.

(58) LORENZETTI, Ricardo L. Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación LA LEY 06/10/2014, 06/10/2014, 1; AR/DOC/3561/2014.

(59) <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf>.

(60) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV.

(61) El artículo de la Directiva establece: 1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apart. 1, se considerarán no patentables, en particular: [...] c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales").

(62) Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV, párr. 38 ("Constituye un `embrión humano´ en el sentido del art. 6º, apart. 2º, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis").

(63) Ver BERGEL, S. D., "La patentabilidad de genes humanos. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Revista La Ley, 13/08/2013, pp. 1 y ss., LL 2013-D-1188; y del mismo autor, "De

embriones, patentes y dignidad humana", Revista Derecho de Familia y Persona, abril 2012, La Ley, pp. 227 y ss.

(64) TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse; VEIGA, Anna. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales. Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2014, n. 63, pp. 101-125.

(65) CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado [2014].

(66) Con esto en cuenta, se puede remitir a la Recomendación 934 de 26 de enero de 1982, del Consejo de Europa, que solicitó incluir en el listado de los derechos humanos la intangibilidad de la herencia genética de la humanidad, para protegerla de cualquier intervención artificial de la ciencia o la técnica. O los arts. 27 y 28 de la Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética del Parlamento Europeo, que pidió prohibir los intentos de reprogramar genéticamente a los seres humanos y la penalización de cualquier transferencia de genes a células germinales humanas. Por su parte, el art. 13 del Convenio de Derechos Humanos y Bioética "prohíbe cualquier intervención genética que no sea preventiva, diagnóstica o terapéutica y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia". La Declaración UNESCO sobre la Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con la Generaciones Futuras [1997] también expresa la necesidad de proteger el genoma humano en virtud de la dignidad humana, de los derechos humanos y de la necesidad de preservar la diversidad biológica. Esta prevención que inspiran los instrumentos mencionados no sólo se debe a dificultades técnicas transitorias sino a riesgos biológicos propios de los procesos de mutación. Las alteraciones provocadas por la interacción entre genes (efectos epistáticos), por modificaciones de la cromatina, es decir del conjunto de la información genética que se encuentra en el núcleo celular (efectos epigenéticos), o por cambios relacionados con el sitio en el que se insertó el gen foráneo en el genoma blanco, son en todos los casos eventos producidos al azar. Asimismo, las mutaciones pueden resultar beneficiosas en la primera generación que las porta pero perjudiciales para las siguientes tal como se ha comprobado en todas las especies estudiadas.

(67) CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado [2014].

(68) El art. 57 en su versión presentada por la comisión reformadora prohibía toda alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, exceptuando las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. Es decir, por ej. Permitía la terapia génica in ovo cuando se trata de modificar genes patológicos. Tal como lo hace España conforme su ley 14-2006 en el inc. 2º. C) del art. 13.

(69) Véase Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Documento sobre selección de sexo. CASADO, María. (Coord.) Signo, Barcelona, 2003. La selección de sexo por causas no médicas es una práctica controvertida, no aceptada en numerosos países aunque sí es permitida en otros. No ha sido posible alcanzar un acuerdo unánime y mientras que para algunos grupos es aceptable, para otros es éticamente inadmisibles. DONDORP W., DE WERT G., PENNING G., SHENFIELD F, DEVROEY P., TARLATZIS B., BARRI P., DIEDRICH K. ESHRE Task Force on ethics and Law 20: sex selection for non-medical reasons. Hum Reprod. 2013 Jun.; 28-6:1448-54. Robertson JA. Preconception gender selection. Am J Bioeth. 2001 Winter; 1-1:-2-9.

(70) Véase EGOZCUE, Josep. "Bioética y reproducción asistida". En Casado, María (Comp.), Nuevos materiales de bioética y derecho. Fontamara, México, 2007, p. 241-253.

(71) Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Tamizaje genético preimplantación (PGS, por sus siglas en inglés): análisis de cuerpos polares, blastómeros o trofoectodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de aneuploidías, mutaciones y/o rearrreglos del ADN.

(72) TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse; VEIGA, Anna. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales. Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2014, n. 63, pp. 101-125.

(73) RECHITSKY S., VERLINSKY O., CHISTOKHINA A., SHARAPOVA T., OZEN S., MASCIANGELO C., KULIEV A., VERLINSKY Y. Preimplantation genetic diagnosis for cancer predisposition. Reprod Biomed Online. 2002 Sep-Oct; 5.2.:148-55. WANG C. W., HUI E. C. Ethical, legal and social implications of prenatal and preimplantation genetic testing for cancer susceptibility. Reprod Biomed Online. 2009; 19 Suppl 2:23-33.

(74) KOPELMAN L. M. Using the Best Interests Standard to decide whether to test children for untreatable, late-onset genetic diseases. *J Med Philos.* 2007 Jul-Aug; 32.4.:375-94.

(75) El primer caso reportado de DGP extensivo fue en el año 2000 en los Estados Unidos, cuando se utilizó para evitar el nacimiento de un bebé con una enfermedad hereditaria llamada anemia de Fanconi. Durante la selección de embriones se hizo una segunda prueba para identificar el tipo de tejido del embrión con el fin de asegurar que el niño que naciera resultara libre de la condición genética de que se trate, pero a su vez, cuya sangre del cordón umbilical pueda ser utilizada en una donación de tejido para un hermano vivo con la misma condición.

(76) En muchos casos, la enfermedad del niño es hereditaria, lo que significa que puede ser transmitida de generación en generación. En estos casos, los padres pueden usar el DGP extensivo para asegurarse de tener un hijo que no sólo será un donante de tejido para el hermano mayor, sino que además nacerá libre de la enfermedad. En otros casos la enfermedad puede ocurrir cuando no hay antecedentes genéticos en la familia. Un ejemplo de esto es la anemia Diamond Blackfan. En estos casos, se puede seleccionar el embrión compatible sin el paso adicional del DGP.

(77) La mayoría de los comités que han abordado el tema coinciden en que el DGP extensivo se debe permitir. En este sentido, el Comité de Ética Médica de la British Medical Association considera que no hay diferencia moral significativa entre simplemente seleccionar embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo y el diagnóstico genético preimplantacional para evitar también una condición genética grave en el niño resultante. Considera que ambos deben estar disponibles atento a que el riesgo para el niño resultante asociado con la biopsia embrionaria no es tal como para justificar una política que distinga los dos casos.

(78) Fernando ZEGERS-HOCHSCHILD, Juan Enrique SCHWARZE, Javier A. CROSBY, Carolina MUSRI, y Maria do Carmo BORGES DE SOUZA. Assisted reproductive technologies (ART) in Latin America: The Latin American Registry, 2011, *JBRA Assist. Reprod.* | V. 17 | no4 | Jul-Aug / 2013.

(79) Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. Use of preimplantation genetic diagnosis for serious adult onset conditions: a committee opinion. *Fertil Steril* 2013; 100: 54—7.

(80) WILL G. F. Golly, what did John do? *Newsweek* 2007(Jan. 29); 72.

(81) También podrían ser donados para investigación, pero por estar "enfermos" no podrán ser donados con fines reproductivos a otras parejas ni ser crioconservados para una posterior implantación.

(82) En este último caso, es decir, cuando se trata de embriones sanos pero no compatibles, éstos podrán ser donados con fines reproductivos a otras parejas o ser crioconservados para una posterior implantación.

(83) SOUTULLO, Daniel. "Selección de embriones y principios de la bioética". *Pensamiento crítico*. Disponible en: <http://www.pensamientocritico.org/dansou1104.htm>.

(84) TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse; VEIGA, Anna. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales. *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* 2014, n. 63, pp. 101-125.

(85) TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse; VEIGA, Anna. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales. *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* 2014, n. 63, pp. 101-125.

(86) ENGEL JB, HÖNIG A, SEGERER S, HÄUSLER SF, Dietl J, DJAKOVIC A. The moral status of the embryo: an attempt at an analysis with the aid of David Hume's ethics. *Reprod Biomed Online.* 2010 Dec; 21.7.:830-3. HABERMAS J. El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?. Paidós Ibérica, Barcelona, 2002: 51-63. Cameron C, Williamson R. Is there an ethical difference between preimplantation genetic diagnosis and abortion? *J Med Ethics.* 2003 Apr; 29.2.:90-2.

(87) SÁDABA, Javier. *Principios de bioética laica.* Barcelona, Gedisa, 2004

(88) SOUTULLO, Daniel. Actualidad de la Eugenesia: las intervenciones en la línea germinal. Conferencia pronunciada en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada el 11 de mayo de 2000. Disponible en: <http://www.ugr.es>.

(89) TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse; VEIGA, Anna. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales. *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* 2014, n. 63, pp. 101-125.

(90) MALEK, J y DAAR, J. "The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for

Medical Benefit." *The American Journal of Bioethics*. Vol. 12, Issue 4, 2012, p. 3-11.

(91) Tomasz ZURADZKI "Preimplantation genetic diagnosis and rational choice under risk or uncertainty" (Diagnóstico genético preimplantacional y elección racional bajo riesgo de incertidumbre) *J Med Ethics*, 16 de mayo de 2014.

(92) Véase los fallos del Juzgado en lo contencioso administrativo n° 1 de La Plata, 2010/19/08, C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A. s/amparo, *elDial.com* - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L., H. A. y otra c. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, *elDial.com* - AA4F36; - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, M. G. G. c. Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, *elDial.com* - AA715A. En este último caso, el DGP se solicita a los efectos de la detección de aneuploidias.

(93) Capel, Civ y Com Federal, Sala I, 12/07/2013, M. M. O. y otro c. Obra Social OSPIMOL y otros s/ amparo, Cita MJ-JU-M-81779-AR | MJJ81779; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 30/07/2014. L., E. H. c. O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.

(94) Véase, CNCIV Y COMFED. — SALA II — 26/09/2013 "M. G. M. y otro c. Unión Personal Accord Salud s/amparo", *elDial.com* - AA8344; Juzg. Fed. Civ. Com. y Cont. Adm. San Martín - No 2 - 16/09/2014. "G., Y. S. c. OSDE s/prestaciones médicas". <http://www.cij.gov.ar/nota-14065-Fallo-ordena-a-una-obra-social-a-dar-cobertura-integral-de-un-estudio-y-un-tratamiento-m-dico>.

(95) Véase el caso Costa Paván contra Italia del TEDH antes citado.

(96) KEMELMAJER, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LL-2012-E-960; MINYERSKY, Nelly - FLAH, Lily R., "El embrión, el feto y la vida humana", LL-2011-E-1164.

(97) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I ~ 2014-07-30 ~ L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.

(98) Norberto CHÁVEZ, Prologo al libro *La Doble Moral de las Organizaciones*, de Jorge Etkin, Ediciones Mc Graw Hill, Madrid, 1993, pp. XIII a XVIII.