

Un proyecto de ley con mirada constitucional-convencional: Protección jurídica del embrión no implantado

Autor:

Pérez Chávez, Grover J.

Cita: RC D 811/2021

Sumario:

1. Introducción. 2. ¿Qué concepción adopta el proyecto respecto a la naturaleza jurídica del embrión no implantado? 3. Falta de cobertura y cuestiones a resolver. 3.1. Posibles respuestas al destino de los embriones. 4. Protección del embrión no implantado. 5. Evaluación genética preimplantatoria. 6. Conclusión.

Un proyecto de ley con mirada constitucional-convencional: Protección jurídica del embrión no implantado

1. Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida[1] se constituyen como una realidad cada vez más presente alrededor del mundo[2]. Su importancia radica en que permiten la ruptura o separación entre reproducción humana y sexualidad, es decir la posibilidad de que exista reproducción sin sexo[3]. Esto brinda una solución no solo a la infertilidad médica[4] que afecta a algunas parejas heterosexuales, sino también a la infertilidad estructural es decir aquella relativa a las personas solas o a las parejas del mismo sexo, quienes para procrear deben recurrir a donación de gametos por parte de un tercero/a.

En el ámbito nacional estos avances no fueron ajenos sino por el contrario tuvieron una gran recepción a nivel normativo a través de la Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida (Ley 26862), su Decreto reglamentario 956/2013, la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, etc. Asimismo, el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la sanción del Código Civil y Comercial (arts. 1, 2 y 3), la ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley 27610), entre otros, abrieron el camino a discusiones más profundas respecto del tema. Sin embargo, hasta la fecha aún persiste una deuda legislativa acerca de la protección del embrión no implantado que podría ser saldada con el proyecto de Ley 2461-D-2021[5]. Dicho esto, ¿qué cuestiones aborda el proyecto?, ¿hay una mirada acorde a nuestros compromisos internacionales con los derechos humanos?, ¿de qué manera se encuentra presente la protección del embrión no implantado?

2. ¿Qué concepción adopta el proyecto respecto a la naturaleza jurídica del embrión no implantado?

La Ley 26994 que aprobó el Código Civil y Comercial, en su disposición transitoria segunda, pone en cabeza del Congreso de la Nación la obligación de sancionar una ley especial que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. En los últimos años, numerosos proyectos[6] fueron presentados pero fueron perdiendo estado parlamentario con excepción al proyecto de ley previamente mencionado.

Ahora bien, ¿el proyecto se encuentra en consonancia con lo establecido por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos? La respuesta afirmativa se impone, puesto que recepta lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso[7] “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”[8] del 28/11/2012, reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia del 26/02/2016[9] y 22/11/2019[10]. En este fallo la Corte IDH concluye que el término “concepción” es sinónimo de anidación y por tanto, antes de este evento carece de cualquier equiparación y protección en carácter de “persona”. Por otro lado, en lo relativo a la alusión “en general” que hace el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH afirma que el objeto y fin de la Convención no es una protección absoluta del embrión, sino que dicha protección a la vida es gradual e incremental según su desarrollo. Por último, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento o protección de varios derechos humanos,

como el derecho a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica, la autonomía personal y la libertad reproductiva. Dichos principios se encuentran receptados en el art. 3 del proyecto bajo comentario.

Asimismo, cabe destacar, que el proyecto de ley posee total consonancia con nuestro bloque de constitucionalidad federal el cual se encuentra integrado por: 1) la Constitución Nacional; 2) los tratados con jerarquía constitucional y; 3) las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[11]. Esto implicaría que el incumplimiento de dichas normativas generaría la correspondiente responsabilidad internacional, en conformidad con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. Falta de cobertura y cuestiones a resolver

La falta de regulación respecto al embrión no implantado tiene incidencia en tanto es utilizado como argumento por parte de las empresas de medicina prepaga y obras sociales para negar la cobertura de las TRHA, en especial la crioconservación de embriones[12].

Por otro lado, también repercute en supuestos de conflictos que se suscitan por divorcios y separaciones de parejas. En este sentido, el criterio sobre el destino de los embriones está dividido, provocando que las posibles respuestas que pueda brindar el poder judicial queden supeditadas según el juzgado que salga sorteado para que resuelva el asunto. En este sentido podemos mencionar el fallo del Juzgado de Familia N° 8 de la Plata[13] del 30/09/2019 que autorizó el cese de la crioconservación de embriones solicitado por una pareja que no quería tener más hijos. Un caso contrario es el fallo de la Sala G, del 09/04/2021[14], que revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la autorización de cese de crioconservación, disponiendo que se de intervención al Ministerio Público de la Defensa a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones.

3.1. Posibles respuestas al destino de los embriones

El proyecto de ley prevé como posibles destinos que pueden tener los embriones no implantados: (1) Criopreservación para posteriores tratamientos de sus titulares, (2) Donación a terceros; (3) Donación a investigación (régimen legal supletorio); (4) Cese de la criopreservación.

Para ello, se establece como requisito el consentimiento informado, libre y formal de sus titulares[15]. En el caso de un proyecto parental conjunto que compromete embriones sobrantes, los titulares deberán estar de acuerdo sobre su destino y de mediar desacuerdo, no será posible la generación de embriones. Por otro lado, se prevé que el consentimiento sobre cualquiera de los destinos otorgados a los embriones puede ser modificado en cualquier momento y deberá ser acordado por todas las personas titulares de los embriones afectados. En caso de desacuerdo, serán destinados a investigación (art. 10). Además, de existir embriones viables sobrantes del uso de las TRHA, se fija el plazo máximo de 5 años para la criopreservación, pudiendo ser prorrogable por disposición fundada de la autoridad de aplicación o manifestación por parte de sus titulares (art. 11). En caso de silencio de las partes y vencido dicho plazo, el centro de salud deberá contactar a sus titulares y en última instancia los embriones serán donados para investigación (art. 12).

4. Protección del embrión no implantado

Dicho esto, nos podríamos preguntar: ¿dónde está la protección de los embriones si se prevé el descarte como posible destino? Esta protección la encontrábamos en cuanto dispone que se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso, y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar (art. 4). Se prohíbe la comercialización y la generación de embriones sin fines reproductivos ni terapéuticos (art. 5) o exclusivamente para investigación (art. 22). En cuanto a las técnicas experimentales, se va a requerir la autorización de la autoridad de aplicación, previa presentación de dos informes favorables de organismos públicos especializados que integren el sistema científico nacional y/o el sistema universitario nacional (art. 6). No se puede realizar investigaciones con embriones sin dar cumplimiento a los límites, requisitos y procedimientos de autorización previstos especialmente en el proyecto, (arts. 23 y 24). Se encuentra prohibida la selección de embriones histocompatibles salvo las excepciones previstas en la norma[16]

(arts. 25 y 26), etc.

5. Evaluación genética preimplantatoria[17]

La falta expresa de inclusión del DGP dentro de la ley de acceso integral y sin que la autoridad de aplicación haya hecho uso de su facultad de ampliar el listado de los procedimientos y técnicas a cubrir, tuvo como resultado su constante judicialización[18].

En este sentido, el proyecto de ley no solo garantiza la cobertura de la técnica (art. 35) sino que regula la finalidad específica con que debe ser autorizado (art. 30), los límites de su uso (art. 31), el derecho a no obtener información (art. 33), así como la prohibición expresa de que los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía sean donados con fines reproductivos (art. 34).

6. Conclusión

El avance de la ciencia y la biotecnología, definitivamente permitieron el acceso a maternidades/paternidades cada vez más numerosas. Sin embargo, el estado de vacío legal acerca del embrión no implantado provoca una serie de problemas que podrían ser adecuadamente abordados con la sanción del proyecto de ley. El poder legislativo no solo tiene la oportunidad de reafirmar el compromiso que tiene nuestro país con el sistema interamericano de protección de derechos humanos sino de colaborar para que los avances de la ciencia estén a disposición de la gente.

[1]

Según el grado de complejidad de los procedimientos, las TRHA se puede clasificar en técnicas de baja complejidad y alta complejidad. Asimismo, según la disposición de los gametos (masculinos y femeninos) se las pueden clasificar en técnicas homologas (si se utilizan gametos de la propia persona o pareja) y heterólogas (si se utiliza gametos o embriones donados).

[2]

A nivel latinoamericano, el último informe elaborado en 2017 por REDLARA (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida) reportó que durante ese año se llevaron a cabo 93.600 procedimientos <https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf> (Consultado el 20/12/2021).

[3]

Herrera, M., Lamm, E., "Técnicas de reproducción humana asistida", en Bergel, S., Flah, L., R., Herrera, M., Lamm, E., Wierzba, S., Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, L.L., Buenos Aires, 2015, p. 290-291.

[4]

Hablamos de infertilidad ante la imposibilidad de un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección en Organización Mundial de la Salud (OMS). Clasificación Internacional de Enfermedades, 11a revisión (CIE-11) Ginebra: OMS 2018.

[5]

Cámara de Diputados, "Proyecto de ley de protección del embrión no implantado", Brawer, Mara, Moreau, Cecilia, Macha, Monica, Austin, Brenda Lis, Vessvessian, Paola, López, Jimena, Penacca, Paula Andrea, Carrizo, Ana Carla, Estevez, Gabriela Beatriz y Gaillard, Ana Carolina, 2461-D-2021, Trámite parlamentario N° 68.

[6]

Cámara de Diputados, "Ley de protección de embriones no implantados", Filmus, Daniel Fernando, 1541-D-2019, Trámite parlamentario N° 31; Cámara de Diputados, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Régimen", Rach Quiroga, Analía, Carmona, Guillermo Ramón, Mendoza, Sandra Marcela, Estevez, Gabriela Beatriz, Raverta, María Fernanda, Masin María Lucia, Basterra, Luis Eugenio, Alvarez Rodriguez, María Cristina, Gaillard, Ana Carolina, Carol, Analuz Ailen, Donda Perez, Victoria Analía, Argumedo Alcira, Susana, Huss, Juan Manuel, Pedrini, Juan Manuel y Carrizo, Ana Carla, 0091-D-2017, Trámite Parlamentario N°1; Cámara de Senadores, "Régimen de regulación de los procedimientos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Fellner, Liliana Beatriz, 1320-S-2016, Diario de Asuntos Entrados N° 65; Cámara de Diputados, "Regulación de las técnicas para la fertilización humana asistida y protección del embrión no implantado. Derogación de la Ley 26862", Bianchi, Ivana María, 0007-D-2016, Trámite Parlamentario N° 1; Cámara de Senadores, "Proyecto de ley de protección integral de los embriones", Negre de Alonso, Liliana Teresita, 3639-S-2014, Diario de asuntos entrados N° 181; Cámara de Diputados, "Regulación de las técnicas para la fertilización humana asistida y protección del embrión no implantado. Derogación de la Ley 26862", Bianchi, Ivana María, 8210-D-2014; Trámite Parlamentario N° 149; Cámara de Diputados, "Reproducción Humana Asistida. Reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad", Triaca, Alberto Jorge, 8147-D-2014, Trámite Parlamentario N° 148; Cámara de Diputados, "Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Brawer, Mara; Ferreyra, Araceli, Guccione, José Daniel, Segarra, Adela Rosa, Junio, Juan Carlos Isaac, Scotto, Silvia Carolina, Carrizo, Ana Clara, Gagliardi, Josue, Linares, María Virginia, Gaillard, Ana Carolina y Burgos, María Gabriela, 4058-D-2014, Trámite Parlamentario N° 53.

[7]

Costa Rica reguló por Decreto Ejecutivo Nro. 24029-S la fecundación in vitro (FIV), restringiendo su acceso a parejas, con material genético propio y prohibió la crioconservación de gametos y/o embriones. La práctica se llevó adelante entre 1995 y 2000. Sin embargo, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el decreto porque entendía que la regulación de la FIV trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones, resultando incompatible con el derecho a la vida. De esta manera la práctica se prohibió en el país. El caso llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien sostuvo que dicha prohibición implicaba una injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y en la vida familiar (art. 11. 2 de la Convención Americana), una violación al derecho a conformar una familia (art. 17. 2 de la Convención Americana) y al derecho de la igualdad ante la ley (art. 24 de la Convención Americana). En consecuencia, se hicieron una serie de recomendaciones, pero ante el incumplimiento del Estado, y luego de tres prorrogas, el 29/07/2011 la CIDH llevo el caso ante la jurisdicción de la Corte IDH. Finalmente el 28/11/2012, se condenó a Costa Rica por la violación a diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[8]

Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica", L.L., AR/JUR/68284/2012.

[9]

Corte IDH, 26/02/2016, "Artavia Murillo y otros (fecundación In vitro) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", L.L., AR/JUR/5231/2016.

[10]

Corte IDH, 22/11/2019, "Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") y Caso Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencias". Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artaviaygomez_22_11_19.pdf (Consultado el 20/12/2021).

[11]

Herrera, M., De la Torre, N., Fernández, S., Manual de Derecho de las Familias, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 2a ed., p. 3.

[12]

A modo ilustrativo ver B., M. A. y otro s. Incidente de apelación en: B., M. A. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s. Amparo Ley 16986, Cám. Fed. Apel., Paraná, 06/12/2016, 7540/2016, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1207/17; Jacob, Natalia Zulema vs. Medicus S.A. s. Amparo, Trib. Crim. N° 4, La Plata, Buenos Aires, 10/08/2017, 5400, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 6099/17.

[13]

C. M. L. y otro/a s. Autorización judicial, Juzg. Fam. N° 8, La Plata, Buenos Aires, 30/09/2019, 50908, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 11023/19.

[14]

R. G. A. y otro s. Autorización, CNCiv. Sala G, 09/04/2021, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 2183/21.

[15]

El art. 7 define a los titulares de la siguiente manera: "La titularidad de los embriones corresponde a quienes han prestado el correspondiente consentimiento informado para su conformación, excepto contrato de donación".

[16]

Salvo que fuese necesario determinar la compatibilidad para la donación de células de cordón umbilical, de médula ósea o de otros tejidos, exceptuándose órganos. Se va a autorizar solo entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y cuando no exista disponibilidad de otras fuentes de tejidos de trasplante. En cada caso el centro de salud deberá requerir la autorización a la Autoridad de Aplicación.

[17]

La evaluación genética preimplantatoria o diagnóstico genético preimplantacional, en términos genéricos es una técnica que se lleva a cabo durante el ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona (Herrera, M., De la Torre, N., Fernández, S., Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales, L.L., Buenos Aires, 2018, p. 435.). En otras palabras, se busca detectar el embrión afectado por una alteración genética específica para transferir solo los embriones no afectados y evitar la misma enfermedad de los padres en el recién nacido (Lancuba, Stella, Las 101 respuestas sobre la fertilidad, Editing, Buenos Aires, 2006, p. 117).

[18]

Ver G., Y. S. vs. OSDE s. Prestaciones médicas, Cám. Fed. de Apel. Sala I, General San Martín, 12/11/201, 4338/2013, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 8302/14; L., E. H. y otro s. Recurso de inconstitucionalidad en: L., E. H. vs. Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza (OSEP) s. Acción de amparo - Apelación, SCJ, Mendoza, 30/07/2014, 110803, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1569/15; L., E. H. y otros vs. Obra Social de Empleados Públicos s. Amparo, CSJN, 01/09/2015, 3732/2014, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 5677/15; Juzgado Federal de Rosario N° 2, 30/07/2015, "F.M.A c/ Esencial c/ Amparo, actos de particulares", Microjuris, MJ-JU-M-1000779-AR, MJJ100779; CNFed.C, Sala III, 17/02/2016, "L. S. A. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ Amparo de salud, incidente de medida cautelar", elDial - AA9513., entre otros.