

**LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN DENIEGA UNA
TÉCNICA LESIVA DE LA VIDA E
INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS EMBRIONES**
(A propósito de la ley de reproducción humana asistida
y su decreto reglamentario)

Eduardo Martín Quintana

**LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN DENIEGA UNA
TÉCNICA LESIVA DE LA VIDA E
INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS EMBRIONES**
(A propósito de la ley de reproducción humana asistida
y su decreto reglamentario)

Por el Dr. EDUARDO MARTÍN QUINTANA

1. La cuestión controvertida

Una pareja promueve acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza, ya que requirió la prestación de un procedimiento de fecundación *in vitro* mediante ICSI (inyección introplasmática de semen) y además del procedimiento del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) (la madre sufría abortos por malformaciones genéticas de los embriones) negándose la demandada a brindar éste último servicio argumentando –entre otras razones– que no se encuentra incluido ni en la ley 26.862 ni en su decreto reglamentario. Tanto la jueza de primera instancia, como la Cámara Civil de Apelaciones rechazaron el amparo. Similar suerte corrió la pretensión ante la Sala I

de la Suprema Corte de esa Provincia, (30 de julio de 2014) que rechazó también el recurso extraordinario motivo por el cual la causa llega mediante queja al Tribunal Superior de la Nación que entendió que existía materia federal que autorizaban el análisis de los agravios ya que se trataba de interpretación de normas federales. Por tanto los distintos argumentos de las partes y de los tribunales intervinientes tienen como eje principal el DGP.

Al solo efecto de brindar una breve ilustración sobre este específico tema de la medicina reproductiva contemporánea, cabe reseñar que el diagnóstico genético preimplantatorio (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 cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer. Está más difundido, o mejor dicho aplicado, el DGP “extensivo” que realiza la selección de embriones para lograr el nacimiento de un niño que pueda proporcionar una donación de tejido compatible a un hermano vivo que padece de alguna enfermedad grave genética, pero también se aplica a casos de infertilidad para seleccionar el embrión viable”¹. La nueva técnica de selección embrionaria, se hizo conocida cuando en 1990 se publicó en una revista especializada el primer nacimiento de gemelos, cuyo sexo había sido identificado utilizando células tomadas de los embriones antes de la implantación, lo cual habría hecho posible transferir al útero solamente los embriones no enfermos. En realidad el DGP, se está transformando poco a poco en una verdadera y propia medida de eugenesia negativa a aplicar a todas las familias donde esté presente el riesgo de tener hijos afectados por enfermedades cromosómicas o genéticas².

¹ Considerando tercero de la primera cuestión del juez preopinante en la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza.

² Di Pietro María Luisa, *Sexualidad y procreación humana*, EDUCA, 2008, Buenos Aires.

2. La sentencia recurrida

Reviste singular interés que los tres jueces que integran la sala I del tribunal citado en el acápite 1° funden su decisión en distintos argumentos. En su voto minoritario del Dr. Palermo afirma que pretensiones similares a la de los actores han sido acogidas por diversos tribunales, ya que se ha considerado al DGP como inherente a ciertos casos de aplicación del ICSI. Además invoca el precedente de la CIDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, del máximo tribunal regional de derechos humanos, en el que expresamente se sostuvo que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente atento los derechos fundamentales involucrados, como el derecho a la vida íntima y familiar y la salud sexual y reproductiva, entre otros. Los jueces que integran la mayoría, (Dres. Nanclares y Perez Hualde) sostienen que el procedimiento denominado DGP (diagnóstico preimplantatorio), solicitado por los amparistas, además de la fecundación asistida mediante ICSI, no se encuentra contemplado en la ley 26.862 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y su decreto reglamentario.

Pero además, los fundamentos del voto del Dr. Perez Hualde no se ciñen a la normatividad infraconstitucional, pues se sustentan en la Constitución Nacional y tratados internacionales que protegen la integridad de la vida humana pues “el estado embrionario es uno de aquellos por los que atravesamos todos los seres humanos desde el mismo momento en que, como consecuencia de la concepción –dentro o fuera del seno materno–, ya hemos adquirido una identidad única, intransferible e irrepetible, comprobable mediante la prueba del ADN, sin la necesidad de otro aditamento que no sea el de los cuidados adecuados y necesarios según su estado. No son pocos los momentos en que esa vida humana necesitará de cuidados adecuados que serán una condición ineludible para su supervivencia. Baste considerar la fragilidad de un recién nacido cuya supervivencia es inconcebible sin la asistencia

externa; o de otros momentos de enfermedades graves de las que sólo podría subsistir con la asistencia necesaria de otros seres humanos; o en el momento en que se acerca el final de su vida. La protección de la vida humana y de su dignidad corresponde desde el momento de su concepción y hasta su finalización según nuestro ordenamiento jurídico expreso.” Agrega también que el fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica”, invocado por los recurrentes y por el Dr. Palermo, trata sobre otra situación jurídica que nada tiene que ver con lo debatido en la causa, pues el tema a decidir en aquel litigio era sobre la prohibición de la *FIV* (fecundación *in vitro*) y por tanto no tenía por objeto el tema que *obiter dictum* introduce el Tribunal Internacional acerca de cuándo empieza la existencia de las personas. Pero además, siguiendo firme doctrina e interpretación jurisprudencial, este voto comparte lo decidido por la Cámara Federal de Salta en la causa L.O., L.C. (6/7/2013) que se remite al dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Acosta”, respecto al cual María Angélica Gelli recuerda que “en base a lo que dispone de manera explícita el Art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos surge del ordenamiento internacional que: a) los fallos de la Corte Interamericana Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos”³. La autora aclara que la Corte Suprema no respaldó ese razonamiento aunque resolvió en el sentido por él propuesto; más adelante en “Carranza Latrubesse”, varios de los votos por la mayoría, y también por la disidencia

³ Gelli María Angélica, “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”, *La Ley* t. 2012-D).

—sobre todo Argibay—, dejan claramente expresado que la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Internacional sólo se presenta cuando el país es parte en el proceso y es jurisdiccional (en contra de la doctrina del fallo Almonacid Orellano de la CIDH).

También cabe destacar que el Dr. Perez Hualde realiza una original aplicación a la vida humana, del principio precautorio de amplia repercusión en otros ámbitos de la vida como la diversidad biológica, la contaminación ambiental la preservación de la flora y de la fauna, sosteniendo que “El principio precautorio es una herramienta de defensa del ambiente y la salud pública, que amplía enormemente los límites de acción del Derecho de Daños, con un sentido de prevención y anticipatorio, intenso, enérgico, fuertemente intervencionista, con la finalidad de impedir la consumación de un daño grave e irreversible”⁴. Agrega que “en el caso, la práctica —como ya se ha demostrado— exige la adopción de procedimientos de experimentación y de —eventual— eliminación de embriones no aptos; alteración o supresión de vidas humanas que es irreversible. Asimismo hace referencia a que se trata de procedimientos médicos que, si bien tienen ya largo uso, aún no se han superado las altas tasas de mortalidad de embriones ya sea en su faz de desarrollo extra uterino, como también una vez implantados (los nacimientos no superan el 20% de la población producida) y ni qué hablar en caso de los crioconservados respecto a los cuales esas tasas lesivas se duplican, todo lo cual justifica el recurso a extremar las medidas precautorias, máxime si se trata del peligro que se cierne sobre la vida humana. Propone también la aplicación, aunque subsidiaria, de este principio porque se caracteriza por procurar la adopción de medidas en situaciones de “riesgo potencial” a diferencia del principio de prevención, que se aplica frente a los casos de “riesgo efectivo”. En la posición

⁴ Cafferatta Néstor A., “Naturaleza jurídica del principio precautorio”, *publicado en revista Responsabilidad Civil y Seguros*, t. 2013-IX , 5

que adoptó, el más coherente con mi razonamiento es el segundo, porque el riesgo es actual ya que se asegura la experimentación y eventual supresión de vidas humanas descartadas por aplicación de las exigencias científicas de las pruebas a realizar y del resultado perseguido, pero introduzco el planteo subsidiario consciente de la existencia de otros puntos de vista, que considero erróneos, pero propios e imprescindibles en el respeto al pluralismo que corresponde proteger en nuestra sociedad⁵.

3. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 1° de septiembre de 2015 recae el fallo definitivo de la C.S.J.N. El Tribunal describe las pretensiones de las partes señalando que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Pero muy claramente establece los límites de estos derechos agregando que, si bien son de raigambre constitucional, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio en la medida que lo establezca el poder legislativo. Desde esta premisa que, reitero, delimita los derechos de los actores, hace una recorrida por el articulado de la ley 26.862 que regula la materia, cuya finalidad es garantizar el acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción humana asistida, alcanzado la obligación a las instituciones que integran el sector público, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, enumerando a continuación las prestaciones obligatorias entre las que no se encuentra el diagnóstico genético preimplantatorio, sucediendo otro tanto con el decreto reglamentario 956/2013.

⁵ Como parte de este comentario me remito al interesante trabajo publicado recientemente, "Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial" de María Valeria Berros, *Revista de Derecho Ambiental* N° 43 - Abeledo Perrot - 2015.

La Corte señala que la ley mencionada deja abierta la posibilidad a incorporar nuevos procedimientos y técnicas que obedezcan a avances técnico-científicos, pero a la vez señala que sólo serán receptados cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación, añadiendo que la misma, conforme al art.3º, incumbe al Ministerio de Salud de la Nación. En consecuencia sostiene que es inadmisibles que sea el Poder Judicial el que determine incorporar un nuevo procedimiento médico, ya que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador”.

4. Reflexiones conclusivas

4.1. No cabe duda de la acertada decisión de la Corte al confirmar la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En efecto, tratándose de embriones humanos, resolver lo contrario hubiera sido avalar el descarte y/o congelamiento cuyo resultado a futuro es similar al descarte, de gran número de los embriones así “diagnosticados”, violándose no sólo lo establecido por la legislación vigente, sino también por la Constitución Nacional y tratados internacionales. Creo que es de interés señalar que la Procuradora General dictaminó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y por tanto resolver que la obra social demandada se encontraba obligada a cubrir la prestación requerida incluyendo el DGP. Además de fundar su opinión en la ley 26.862 y preceptos constitucionales, citó en varias oportunidades de su dictamen en fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo”. Cabe entender que, si bien resultó suficiente para rechazar el recurso la circunstancia que el diagnóstico genético preimplantarorio no estaba contemplado en la ley 26.862, por otra parte la Corte no atendió a la opinión de la Procuradora ni de los recurrentes de aplicar el fallo de la CIDH ya citado, que como mencioné antes, fue analizado minuciosamente

en el voto del Dr. Perez Hualde quien además de criticar la interpretación que equipara concepción con “implante”, sostuvo que no era ese el tema cuestionado por ante la Corte Internacional sino la fecundación in vitro.

4.2. Observaciones sobre la ley 26.862 citada en el fallo de la CSJN

4.2.1. Sin perjuicio de lo antes expuesto, en atención a que el fallo en comentario se remite a lo dispuesto por la ley 26.862, debo efectuar algunas observaciones que he adelantado en otro lugar y que son de significativa trascendencia jurídica⁶. Entiendo que la ley mencionada se sancionó extemporáneamente, o para aclararlo mejor “antes de tiempo”. Me explico. El tema substancial es el estatuto ontológico y jurídico del embrión humano cuestión que debe ser dispuesta por el Código Civil dando respuesta al interrogante ¿Cuándo comienza la vida humana y consiguientemente sus derechos? Creo no equivocarme al pensar que la definición de persona del “proyecto de código” que transcribo en el párrafo siguiente fue asumida por los legisladores como si ya el “código” estuviese aprobado. Sin embargo sobre el tema se produjo en el Senado una modificación copernicana.

En efecto, el **8 de junio de 2012** el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación disponiendo el art. 19 que *“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*

⁶ Quintana Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, Publicado en la Revista *Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley, año VI, número 8, septiembre de 2014.

implantado. Esta norma establecía una distinción entre *embriones concebido en la madre* y los *embriones no implantados*, ya que según el texto unos son personas y otras no. A partir de aquí sucedió una circunstancia legislativa sobre la que no se ha reparado lo suficiente. Desde tiempo atrás se encontraba en debate parlamentario un proyecto sobre técnicas de reproducción asistida, que fue aprobado por el Congreso de la Nación el **5 de junio de 2013** (un año después de la presentación del proyecto de código que aún no había recibido aprobación ni por la Cámara de Senadores ni la de Diputados), transformándose así en la ley 26.862. Esta ley, si bien no define el inicio de la existencia de la persona humana, sigue el lineamiento discriminatorio entre los embriones, proyectada en un código que aún no tenía vigencia.

Lejos de ello, el artículo mencionado sufrió una modificación en el Senado según la cual el art. 19 dispuso que “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”, sin distinguir si la misma se produce dentro o fuera de la madre. Al aprobarse por Diputados el 1° de octubre de 2014 se transformó en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado cuya vigencia comenzó el **1° de agosto de 2015**. En consecuencia para el art. 19 del *código* ahora vigente, el embrión humano es persona, sin distinguir si la misma se produce dentro o fuera de la madre.

4.2.2. Desde esta premisa resultan cuestionables varias disposiciones de la ley 26.862: autoriza la “donación” de gametos y *embriones* (art.2°); regula el congelamiento de *embriones* en bancos receptores (art. 4°); determina que el consentimiento de la persona que recurra a las técnicas “es revocable hasta antes de producirse la implantación del *embrión* en la mujer” (art.7°); tampoco prevé cual será el destino de los embriones “revocados” o “queridos y luego no queridos”. Conforme esta síntesis, se concluye que para esta ley los embriones son considerados “cosas”, ya que las personas no se donan ni congelan.

El fallo de la Corte se remite al art. 3° de la ley 26.862, donde se establece que la autoridad de aplicación de la misma será el Ministerio de Salud de la Nación y agrega que el art. 5° le ha conferido la responsabilidad de “autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos”, agregando “Y ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera mencionada de las que carecen, en principio las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial”.

No parece adecuada la comparación del Poder Judicial de la Nación con “otros departamentos del Estado”, ya que el primero precisamente es “un Poder” y no una dependencia de otro poder como lo son los ministerios respecto al Poder Ejecutivo. Pero más allá de usos semánticos, lo que resulta cuestionable es la delegación por parte del legislador a un ministerio de un “procedimiento” en el que se pone en juego la vida humana. Por tanto, entiendo que dicha delegación es indebida, pues no se trata de poseer o no “competencias y técnicas”, sino de decidir sobre sus consecuencias, decisión que no puede estar en cabeza de un ente administrativo.

4.2.3. Como he expuesto en los puntos anteriores la ley 26.862 autoriza, entre otras decisiones cuestionables, la “donación de embriones” y su congelamiento (arts. 2 y 4) lo que no se compadece con el art.19 del Código Civil y Comercial Unificado, aprobado con posterioridad, para el cual “*la existencia de la persona humana comienza con la concepción*” o sea desde la vida humana embrionaria, dentro de la madre o fuera de ella, superando de esta manera las controversias que se plantearon con la difusión en 1978 de las técnicas de fecundación artificial por las cuales la concepción también se producía fuera del medio natural, ya que por entonces el art. 70 del Código disponía las palabras “desde la

concepción en el seno materno”. Como he dicho precedentemente, la fecundación extrauterina produce un alto porcentaje de mortalidad en los embriones así producidos⁷, pero además la ley mencionada nada dice respecto a los embriones “sobrantes” lo cuales “pueden” congelarse, pues su otro destino sería el descarte. Al respecto, el Departamento de Salud del Reino Unido de Gran Bretaña el 11 de julio de 2007 dio a conocer el destino de los embriones de la fecundación *in vitro* (1991-2006), informando que por cada niño nacido de la reproducción artificial, 23 embriones humanos habían muerto; pues mientras 98.200 embriones habían alcanzado a nacer (4,26%), 2.204.427 fueron destruidos (94,74%)⁸.

Por tanto es de esperar que ya sea por vía judicial –como el presente fallo– o legislativa se supriman todos aquellos procedimientos lesivos de la vida y dignidad de los embriones humanos.

⁷ Según la metodología de la inducción ovulatoria, los nacimientos oscilaban en mujeres menores de 36 años del 16,9% y 15,4% en mayores de esa edad, mientras que con otra metodología diferente el porcentaje bajaba al 11,8% y 8,49% respectivamente. De cualquier manera en el primer caso el porcentaje de ambas edades era de 16,5% y en el segundo de 10,1%. Ruiz Balda J.A., López L.M., Prieto L. “Estudio de coste-efectividad de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Rev. Esp. Econ. Salud*, 2005:4 (2): 96-102..

⁸ *A Long Term Analysis of HFEA Register Data (1991-2006)*, citado por Chiesa Pedro J.M. y Aquino J. B. *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos*. En este informe no se computa a las víctimas de la fecundación *in vitro* a las células totipotenciales que se les extirpan a los embriones en pro de diagnósticos preimplantatorios, control de calidad que se les hace antes de la transferencia al útero. *El Derecho*, 23 de mayo de 2013, n° 13.244, Buenos Aires.

