

NORA LLOVERAS &amp; JOSEFINA SAPENA

## Artículo

### El Diagnóstico Genético Preimplantacional

► **Nora Lloveras.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Académica. Titular de la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. Adscripta a la Cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada.

► **Josefina Sapena.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Asunción. Académica. Titular de la Cátedra Hechos y Actos Jurídicos de la Universidad Americana (Asunción).

#### Palabras clave

Diagnóstico Genético Preimplantacional; Embriones In-vitro; Bioética; Ética; Derecho a la Vida; Derecho a la Dignidad.

#### Key words

Preimplantation Genetic Diagnosis; In Vitro Embryo; Bioethics; Ethics; Right to Life; Right to Dignity.

#### ► Índice

- I. Una sentencia argentina sobre el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP): la decisión
- II. Los fundamentos de la sentencia argentina
  1. Consideraciones de orden ético acerca del D.G.P
  2. Consideraciones de orden jurídico
    - a) Sobre los principios aplicables
    - b) Sobre la intervención del Poder Judicial
    - c) Sobre el estatuto jurídico del embrión in-vitro
    - d) Sobre el destino de los embriones supernumerarios
- III. Nuestra opinión
  1. Intervención del Poder Judicial en caso de cuestiones no reguladas por leyes especiales
  2. El D.G.P., los embriones sobrantes y el Derecho a la Vida
  3. El D.G.P. la ética y la bioética
  4. El D.G.P. en el Derecho Comparado
- IV. Conclusiones

#### ► I. Una sentencia argentina sobre el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP): la decisión

La Cámara Federal de Mar del Plata, Argentina<sup>1</sup>, en el punto 1) de la sentencia que comentamos, dejó sin efecto el punto resolutive segundo del fallo apelado, y lo suplantó por la siguiente redacción:

*"II) Tratándose de una fecundación in-vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embri-*

*nes crioconservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público), sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público Tutelar –conjuntamente con el tutor que sea designado– a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.*

*2) Ordenar al a quo: a) Tomar las medidas necesarias para nombrar el tutor referido en el parágrafo anterior, b) Efectivar la medida de no innovar decretada en el citado parágrafo, c) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones sobrantes de las técnicas de fertilización asistida) en los términos del art. 2º de la Ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente;...*

#### ► II. Los fundamentos de la sentencia argentina

Para decidir, el Tribunal expresó distintos argumentos,

1. C Federal Mar del Plata, Argentina, 29.12.2008, L., H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra". J.A. Fascículo 11 del 10.6.2009, 2009-II, p. 28 y ss. Abeledo Perrot, Bs. As., Argentina.

Con comentario negativo: Ursula C. Basset, *Un bebe ¿puede ser un medicamento?, Reparos ético-jurídicos a un fallo que sienta buenos principios y deriva en malas conclusiones*", J.A. Fascículo 11, 2009-II, p. 45 y ss. Abeledo Perrot, Bs. As., Argentina.

los cuales se pueden presentar en consideraciones de orden ético acerca del diagnóstico genético preimplantatorio (DPI, en adelante) y consideraciones de orden jurídico, sobre los más esenciales, en la forma en que se indica a continuación.

#### **Consideraciones de orden ético acerca del diagnóstico genético preimplantatorio (D.G.P.).**

*...La técnica de diagnóstico pre-implantatorio propuesta está hoy científicamente avalada. Desde el punto de vista ético, no se está pensando en sacrificar al feto, sino seleccionando un hermano que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin daño para el donante, priorizando el principio de Beneficencia y No Maleficencia. ...*

*...Si bien el tema es complejo y notoriamente preocupante, entiendo procedente la realización de la técnica de fertilización autorizada por el a-quo cuando existen en juego intereses vitales a tutelar. No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas, que son vistas como una forma de instrumentalización de la persona humana, apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y compartiendo desde un principio aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso particular existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte de los interesados.*

*En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos. No se trata aquí de un matrimonio que sólo tiene deseos de concebir para satisfacer una expectativa paternal, sino de encontrar una alternativa humanamente viable para poder eliminar las gravísimas secuelas de la enfermedad que padece su otro hijo ya nacido, tal como se da cuenta en estas actuaciones.*

#### **Consideraciones de orden jurídico**

Exponemos estas consideraciones en agrupamientos, que efectuamos desde la lectura de la sentencia.

#### **Sobre los principios aplicables**

*...ante la existencia de controversia científica sobre la conveniencia del tratamiento, ....es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc.22 C.N.)...*

#### **Sobre la intervención del Poder Judicial**

*...El recurrente manifiesta que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud. Es evidente que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud, sino interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial, por lo que el referido agravio debe rechazarse...*

*...lo cierto es que la cuestión amerita su tratamiento por parte del Poder Judicial ya que el tema aquí expuesto resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público, con proyecciones de afectación a intereses generales, por estar comprometido el destino de embriones humanos...La sentencia recurrida, en su punto resolutorio segundo, determina en su parte pertinente: "(..)*

#### **Sobre el estatuto jurídico del embrión in-vitro**

*...deviene imperioso establecer la condición jurídica de estas formas de vida, y asignarles –frente al vacío legislativo– un status que sea acorde con ello... Entonces, es claro que desde el momento de la concepción (corpórea o extra-corpórea) estamos ante un ser merecedor de la protección jurídica de la Convención Internacional citada, de la propia Constitución Nacional Argentina y de otros Acuerdos Internacionales suscriptos por el Estado Argentino...*

*...no resulta del todo sencillo establecer el comienzo de este momento de la concepción para otorgar protección a la vida humana. A lo largo de los últimos tiempos se han ensayado distintas variables en torno a ello... el debate científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimido judicialmente, y las pautas que conducen a ver en el embrión una persona, en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente, no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo sin extremar indebidamente la analogía, pero tampoco negarlo, ... Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal, y por ello, la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea, sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre. ...Y más allá de las disquisiciones científicas que puedan hacerse al respecto, no cabe duda alguna que el embrión –como tal– debe considerarse en términos de ser humano aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico de todo un proceso en desarrollo. En consecuencia, y por todo lo reseñado precedentemente, sostengo que la protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino, debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide, se inicia el*

proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano...

#### Sobre el destino de los embriones in-vitro

...Por ello, y aunque sea moralmente discutible, y hasta calificada por algunos como "inmoral" la práctica misma de la fecundación in-vitro, no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección, que la técnica de la crioconservación de aquellos embriones que pudieran resultar sobrantes o "supernumerarios", por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de vida...

### ► III. Nuestra opinión

Esbozamos este análisis conforme a la intervención del Poder Judicial en caso de cuestiones no reguladas por leyes especiales; el D.G.P., los embriones sobrantes y el Derecho a la Vida; el D.G.P. la ética y la bioética, el D.G.P. en el Derecho Comparado, para extraer algunas conclusiones.

#### 1. Intervención del Poder Judicial en caso de cuestiones no reguladas por leyes específicas

Dentro del concierto general de las naciones, son escasos los países que han dictado leyes específicas sobre técnicas de reproducción asistida. No son más de veinte. Entre otros: **España**, Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida; **Suecia**: a) Ley 1140/84 sobre inseminación artificial, b) Sobre fecundación in-vitro, Junio 1988 y c) Ley sobre inseminación artificial de 1990; **Ingllaterra**: a) Ley de fertilización y embriología del 1990, b) Ley del 1º de abril del 2005 (sobre el anonimato del donante), c) Acta de acuerdo de subrogación, Año 1985 y d) Acta complementaria, del Año 1991; **Alemania**, Ley sobre protección al embrión, Año 1991; **Australia**, Estado de Virginia, Infertility Act, Año 1984; **Costa Rica**, Decreto Nº 24.029 del año 1995, de la Regulación de la Reproducción Asistida; **Italia**, normas en materia de Procreación Médicamente Asistida, Ley Nº 40/2004; **Francia**, Ley sobre Bioética del 29 de Julio de 1994. (Ley 94-654); entre otros

Otros países han introducido modificaciones parciales del Código Civil, como las relativas a la imposibilidad de impugnar la filiación del marido de la mujer que ha dado su consentimiento para que ésta sea inseminada con semen de donante. Por ejemplo: Portugal (Art.1839 del Código Civil), Canadá (Código Civil de Québec, art. 539); Bolivia (Código de Familia, art. 187); Chile, Ley 19.585/99, que reforma el Código Civil en materia de filiación, artículo 182, entre otros.

Dentro de Latino América, solamente Costa Rica cuenta con una ley nacional específica, el Decreto Nº 24.029 del

año 1995, de Regulación de la Reproducción Asistida.

Distintos países han dictado leyes especiales sobre temas puntuales, como la clonación<sup>2</sup>. Por ejemplo, en Panamá, la Ley No. 3/2004; en Perú, la Ley 26.842/97; puede referirse en Argentina, el Decreto No. 200/97; entre muchos otros.

Algunos otros países cuentan con regulaciones provinciales sobre realización de T.R.A, aunque no estatales, por ejemplo: Argentina, Ley No. 11.028 de 1990, de la Provincia de Buenos Aires. En Estados Unidos también las leyes que existen al respecto son estatales, no nacionales.

Como vemos, de ninguna manera se puede afirmar, en general, que el ordenamiento jurídico mundial se halle actualizado en la materia, o que satisfaga las necesidades actuales.

A pesar de esta ausencia regulatoria, estos procedimientos se están realizando regularmente en todo el mundo, incluidos los países que no cuentan con un marco legal que aplicar.

Al Juez no le está permitido dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Entonces, ¿qué alternativa tiene el juzgador ante quien sea sometida la resolución de un conflicto que implique la realización de T.R.A.?: la que utilizó el sentenciante en el caso particular que estamos analizando.

Es decir, el juez procura interpretar el plexo normativo vigente, aplicable a casos análogos, de acuerdo con el orden de prioridad de las leyes, buscando preservar en primer lugar los derechos que se encuentran en la cúspide de la pirámide de Kelsen, que en el caso de Argentina, son los Derechos Constitucionales y los Derechos Humanos consagrados en los Tratados de Derechos Humanos, que hayan sido incorporados como "de jerarquía constitucional".

Cabe resaltar que si el objetivo del Juzgador era proteger los embriones sobrantes de la F.I.V, en este caso que comentamos en particular, dicho objetivo no puede considerarse alcanzado por el hecho de haber arbitrado los medios para su crioconservación. Los argumentos que lo llevaron a tomar las decisiones que tomó, son –en cierta forma– ilusorios, porque aparentemente son aptos para alcanzar el objetivo perseguido, pero en la realidad no lo son.

Un análisis más profundo nos lleva a entender que, si se permite la F.I.V., y la existencia de embriones supernumerarios, se autoriza necesariamente que en algunos supuestos estos embriones sean destruidos, ya sea por simple descongelación, o ya sea para utilizarlos para la inves-

2. El objetivo es prohibir o impedir la llamada clonación.

tigación. Puede acontecer –como a menudo sucede– que la pareja usuaria no desee utilizarlos. En ese caso es difícil preservar a dichos embriones de la destrucción ya que no se puede ordenar a la mujer donante del óvulo a que los geste, ni se los puede congelar indefinidamente.

Por ello, si lo que se persiguiera es proteger el embrión in-vitro de la nominada “destrucción”, sería necesario que la ley reglamente las condiciones en que deben realizarse los procedimientos de F.I.V. como lo hace, por ejemplo, la Ley 745/90 “de Protección al Embrión”, de Alemania, en la cual se prohíben los Bancos de Embriones”, se declara obligatoria la transferencia al útero materno de la madre biológica, de todos los embriones obtenidos por F.I.V. , que en ningún caso deben ser más de tres.

Ponemos de realce, que no es nuestra inferencia ni inteligencia ni nuestra idea, aconsejar que la ley regule la cuestión de dicha forma, ni tampoco desaconsejarlo; simplemente estamos poniendo de resalto que, en el estado actual de la legislación, no es posible proteger al embrión in-vitro de la pérdida, por la sola decisión de los jueces.

## 2. El Diagnóstico Genético Pre-implantacional (D.G.P.), los embriones sobrantes y el Derecho a la Vida

*La motivación del diagnóstico prenatal está encauzada para impedir tener niños que sufran la inseguridad y la angustia de una senilidad precoz, la necesidad de desplazar genes dañinos del árbol familiar, así como el aporte de una terapia génica que libere o atenúe la enfermedad de otro niño ya nacido.*<sup>3</sup>

*Por el D.G.P, se detectarán alteraciones cromosómicas o genéticas a partir de una o algunas células de un embrión in-vitro, antes de su implantación en el seno materno. Por consiguiente, se procederá a la destrucción de aquellos embriones considerados menos adecuados para la implantación*<sup>4</sup>. Esa es la razón por la que existe tanta discordancia acerca de la aplicación de este procedimiento.

La discusión, se centra, entonces, en el llamado derecho a la vida de los embriones in-vitro, sosteniendo algunos que son personas desde la concepción y otros estableciendo plazos o inicios diferentes del comienzo de la existencia de la persona.

Los que consideran que desde el momento de la concepción existe una persona, afirman que este procedimiento atenta contra el derecho a la vida de los mismos.

El derecho a la vida está en la base de la pirámide de todos los derechos. Es la condición indispensable del ejercicio de todos los demás derechos. Los Tratados de Derechos Humanos y las Constituciones, sin excepción, lo pro-

tegen mediante la imposición de sanciones de todo tipo para los que atenten en su contra.

Ese es justamente el punto de donde emergen todas las divergencias. Nadie discute que toda persona tiene derecho a la vida. Lo que se discute es, desde cuando el embrión es una persona: es la persona la que es sujeto y objeto de todos los derechos y obligaciones reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Existen diversas teorías acerca de cuando empieza el embrión a ser una persona humana, y de esa divergencia de criterios, surge la diferente protección legal que recibe el embrión in-vitro en los distintos países: la teoría de la fecundación, la de la anidación, la de la aparición de la cresta neuronal, la teoría gradualista.

Más importante que especificar qué dice cada una de estas teorías, nos parece relevante poner de resalto que, el debate acerca de cuándo comienza la vida humana, en lugar de acercar a los participantes a una zona común, en donde se puedan encontrar verdades para todos, polariza las posiciones cada vez más.

Como consecuencia de lo preconsignado y de la rapidez vertiginosa con que la ciencia se mueve, los países han optado por desentenderse de este diálogo “interrumpido o desordenado” y dejar de lado las discusiones filosóficas acerca del comienzo de la vida humana, para pasar directamente a los hechos: dejar que la ciencia siga su ritmo.

Fundándose prioritariamente en informes científicos y en consideraciones económicas, se ha desarrollado la teoría gradualista, según la cual, los diversos estadios de desarrollo del ser humano, dan lugar a variaciones cualitativas del valor que tiene ese ser humano. Por ende, el embrión merece distinta protección legal según el nivel de desarrollo en que se encuentre. Así, un cigoto de 14 días merece un nivel de protección inferior que un embrión ya anidado, y éste último, merece un nivel de protección inferior que un feto de 6 meses –entre otros–.

*El primer documento que se refirió al concepto de pre-embrión –aunque sin utilizar dicho término– fue el Informe Warnock, en 1984, donde se sostuvo que sólo se podía hablar de la existencia de un embrión luego de la anidación, y que ésta se producía a partir del día catorceavo a partir de la fecundación, habiendo asimismo dicho informe recomendado que ningún embrión derivado de fecundación in-vitro se mantuviera vivo fuera del seno materno más allá de los 14 días, no computándose en ese plazo el tiempo en el cual hubiera estado congelado*<sup>5</sup>. A partir de dicho mo-

3. Bioética y Derecho. Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI. Roberto Arribere. Director. Ediciones Cátedra Jurídica. Buenos Aires, Argentina. Año 2008. Pág. 231.

4. Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo. Francisco Lledó Yague, Carmen Ochoa Marieta, Oscar Monje Balmaceda. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España. Año 2007. Pág. 194.

5. La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano. Eduardo A. Sambri. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Año 2001. Pág. 141.

mento, varios países del primer mundo, han dictado leyes que regulan el uso de las técnicas de reproducción asistida, y permiten la congelación y la investigación con embriones que no tengan más de 14 días de fecundados.

Ello condujo a una situación de contraposición extrema: mientras para esos países un embrión antes de los 14 días de fecundado es un preembrión (no es un embrión) permiten que el mismo sea utilizado para experimentaciones otros países consideran persona al embrión desde su concepción, ya sea que esta se produzca en el seno materno o in-vitro.

Se ha relativizado tanto dicha controversia, que se expresa: para España el embrión es tal, para Dinamarca, es tal otra, para Costa Rica es aquella, para Argentina, para Brasil, etc.

La realidad ha desbordado a la religión, a la filosofía, a la ética, y al derecho.

Independientemente de cuál sea la verdadera condición del embrión (conglomerado de células o persona, y las variantes que se sostengan) miles –por intentar cuantificar– de embriones supernumerarios se encuentran congelados en los bancos de embriones alrededor del mundo, para definir su situación, siendo francamente improbable que puedan ser implantados en el seno materno.

Una cosa está clara al 2009: la pregunta acerca del comienzo de la vida humana no tiene una respuesta unánime, se trata de una cuestión controvertida.

El Juez sentenciante ha afirmado en su fallo que en esta tesitura debe votar a favor del embrión. Señalamos, por nuestra parte, que la postura que prevalece en el mundo no es la indicada por el tribunal.

Efectivamente, los países que dictaron leyes especiales que permiten la congelación y la experimentación con embriones hasta el día 14 de su fecundación, han sentado la postura contraria –ante la duda, a favor de la ciencia– en forma abierta y expresa.

Y los que, como la Argentina y los demás países latinoamericanos, –excepto Costa Rica–, no tienen leyes especiales que reglamenten la fecundación in-vitro, van siguiendo el rumbo de las decisiones localizadas, de las argumentaciones diferentes, de las ópticas y políticas de salud humana que se intenten.

Una de las perspectivas que habrá de atenderse en las futuras regulaciones será el número de embriones que está permitido fecundar, si está o no permitido congelar embriones, cuáles son las condiciones para hacerlo, cuáles las

consecuencias de hacerlo, entre otras

### 3. El diagnóstico genético preimplantacional (D.G.P), la ética y la bioética

Nadie discute que sea éticamente correcto intentar sortear una enfermedad genética, a fin de traer hijos sanos al mundo<sup>6</sup>.

Sentada esta premisa, analizamos a continuación algunos de los argumentos expresados que sirvieron de base a la sentencia comentada.

El sentenciante ha afirmado como sustento de su valoración ética positiva que, en el caso, *no se está pensando en sacrificar al feto, sino seleccionando un hermano que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin daño para el donante, priorizando el principio de Beneficencia y No Maleficencia...*

La invocada “priorización del principio de beneficencia” a que alude la sentencia, desde el punto de vista del hermano enfermo ya nacido, puede ser considerada como una verdad innegable; si bien la posición del embrión in-vitro que será seleccionado para curar a su hermano enfermo cuando nazca, merece otras consideraciones.

El principio de beneficencia se refiere a la obligación ética de maximizar el beneficio y minimizar el daño. Este principio da lugar a pautas que establecen que los riesgos de la investigación sean razonables a la luz de los beneficios esperados, que el diseño de la investigación sea válido y que los investigadores sean competentes para conducir la investigación y para proteger el bienestar de los sujetos de investigación.

Ahora bien, en realidad, de conformidad con datos objetivos, el D.G.P. sí supone un riesgo aunque mínimo para los embriones in-vitro que serán sometidos al mismo<sup>7</sup>. Por ello que expresamos nuestra inquietud en estos casos en que el respeto al principio de beneficencia en el embrión in-vitro puede gestar alguna sombra. Nos preguntamos: ¿hasta donde puede llegar el riesgo para el embrión in-vitro destinado a nacer, en beneficio del hermano enfermo, sin que se violente al principio de beneficencia con respecto a ambos?

Lo mismo puede decirse de las afirmaciones del sentenciante que hacen relación al “interés superior del niño”. No caben dudas de que al resolver a favor del diagnóstico genético (D.G.P) se está defendiendo el interés superior del niño enfermo ya nacido, pero, igualmente se extiende la reflexión a propósito del interés superior del embrión in-vitro seleccionado para nacer.

6. Como lo sostiene Roberto Arribere: Los padres tienen la responsabilidad moral, cuando no legal, de proveer a sus hijos las mejores oportunidades en salud o por lo menos una salud normal, ya que de ninguna manera resulta moralmente justificado traer al mundo una persona condenada a soportar una afección genética grave que lo comprometa de por vida, y ningún principio legal, místico ni bioético puede aprobar una actitud destinada sólo a causar daño en la vida del afectado. Obra citada, Pág. 231.

7. Pero es superfluo, para algunas opiniones, si consideramos que no tendría por qué ser sometido al mismo.

El argumento que introduce el sentenciante, al comparar la realización de una T.R.A cuyo objeto sea superar la infertilidad simplemente, y la que tiene por objeto seleccionar un embrión por sus características genéticas con fines curativos para terceros, no se ajusta al objetivo que se plantea por el sentenciante: justificar la puesta en práctica del diagnóstico genético preimplantacional.

En efecto, el sentenciante confronta ambas situaciones aparentemente para poner de resalto que la finalidad de la T.R.A. en el segundo caso es más altruista, o que los intereses en juego son más trascendentes. Sin embargo, más allá de que dicha posición es discutible, -pues para una persona infértil puede ser tan importante el tener un hijo/a, como para una persona no infértil, el salvar a un hijo/a- la comparación propuesta, confronta dos distintos "fines" que pueden servir de "causa" para que se realice una técnica de reproducción asistida; en tanto que el diagnóstico genético preimplantacional es un "medio" para alcanzar un "fin", en este caso, para curar a otro hijo de la pareja.

En conclusión, consideramos que las razones éticas y/o bioéticas, justificantes de la aceptación de la realización del D.G.P. deben ser profundizadas, los magistrados deberán analizar los intereses en conflicto mirando la cuestión, tanto desde el punto de vista del niño enfermo ya nacido, como también desde el punto de vista del embrión in-vitro seleccionado, destinado a vivir. Sin perjuicio de que, a fin de proteger a los afectados en forma acabada, se necesitan reglas, además de principios bioéticos.

Al decir de Mabel Dellacqua, *..el problema fundamental de la Bioética es el de pasar del nivel de los principios al de las reglas, o, dicho de otra manera, construir, a partir de los principios, un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que resuelvan los problemas para los que no existe consenso*<sup>8</sup>.

#### 4. El Diagnóstico Genético Preimplantacional en el Derecho Comparado.

**España** ha sido uno de los países pioneros en la aplicación del D.G.P. La Ley 35/88 introdujo dicho procedimiento entre los permitidos, pero solamente como medio de prevención y tratamiento de enfermedades hereditarias; es decir, se posibilitaba seleccionar embriones, a los efectos de que nacieran bebés sanos, lo que suponía una selección de embriones en función a su calidad genética. Pero no se admitía seleccionar un embrión compatible con un tercero, a los efectos de curar la enfermedad de éste.

La Ley 14/06, art. 12, amplió los supuestos de aplicación del D.G.P. e incrementó el control sobre esta práctica. En virtud de esta última ley que citamos, se permite el diagnóstico genético preimplantatorio como medio de preven-

ción y tratamiento de enfermedades hereditarias, para la detección de alteraciones que pudieran comprometer la viabilidad del preembrión, y para determinar los antígenos de histocompatibilidad de los pre-embiones in-vitro con fines terapéuticos para terceros

En todos los casos, el procedimiento solo puede realizarse a través de los centros debidamente autorizados, y en el caso en que su objetivo sea terapéutico para terceros, *se requerirá además del requisito anterior, una autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.*

La Exposición de Motivos de la ley actual establece al respecto: *El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar del enfermo.*

En **Inglaterra (Ley de Embriología del 90)** también se permite este procedimiento, así como en **Estados Unidos**, en donde no existe una legislación de carácter nacional, sino leyes estatales, las cuales en general, permiten la investigación con embriones sobrantes de una fertilización in-vitro, siempre que no hubieran transcurrido 14 días contados desde la fecundación del óvulo.

**Francia** -la Ley 94-653 relativa al cuerpo humano, y la Ley 94-654 relativa a la donación y utilización de elementos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal-, tiene a nuestro parecer, una postura ambigua, ya que si bien no reconoce la distinción entre embrión y pre-embrión, y prohíbe la experimentación con embriones, también permite la congelación de embriones sobrantes de una F.I.V, por el término de 5 años, al cabo de los cuales, supuestamente se los atribuirá en adopción prenatal. Asimismo permite la realización de "estudios" que no deben, en teoría, causar daño al embrión, y el D.G.P, es decir la selección de embriones antes de la transferencia, para evitar enfermedades ligadas al sexo.

**Alemania** es uno de los países con postura restrictiva al respecto de la utilización de los embriones para experimentación. La Ley 745/90 del 13 de diciembre de 1990 prohíbe la congelación de embriones, y se declara obligatoria la transferencia al útero materno de la madre biológica, de todos los embriones obtenidos por fecundación in-vitro.

8. Bioética y Derecho, Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI. Roberto Arribere. Director. Ediciones Cátedra Jurídica. Buenos Aires-Argentina. Año 2008. Pág. 289.

tro, que en ningún caso pueden ser más de tres. Tampoco, en forma coherente, permite la experimentación con los mismos, ni tampoco las intervenciones en la línea germinal humana, castigando con penas privativas de libertad de hasta cinco años, para quien altere la información genética en las células germinales humanas (art. 5º parág. 1º).

Pero establece una excepción en la cual, se puede seleccionar el sexo del bebé, mediante la técnica de diagnóstico genético preimplantacional. En efecto, en el Art. 3º de la Ley de Protección al Embrión, en primer lugar, prohíbe la fecundación de un óvulo con un espermatozoide elegido a tenor del cromosoma sexual que contenga, aunque se agrega que: *no procederá pena cuando la elección del espermatozoide por parte de un médico tenga como fin evitar que el niño contraiga una distrofia muscular del tipo Duchenne, o que resulte afectado por una enfermedad, igualmente grave, hereditaria según el sexo, y cuando el organismo competente, según el Código Civil, haya reconocido dicha gravedad en la enfermedad que amenaza al niño.*

**Italia** ha prohibido expresamente el D.G.P. por Ley 40 del 19 de febrero de 2004. Al respecto, la sentencia de 3 de mayo de 2004 del Tribunal de Catania, establece que la Ley de Reproducción Italiana pone remedio al hecho de la esterilidad, si bien, en unas condiciones análogas a las naturales. Sin la posibilidad de seleccionar embriones sanos, de entre otros enfermos. Concreta que la Constitución no prevé el derecho de los padres a tener un hijo como lo quieran.

#### ► IV. Conclusiones

A manera de síntesis, avanzamos nuestras conclusiones.

a. El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es un procedimiento desarrollado, en principio, con el objeto de evitar las enfermedades que se transmiten genéticamente, ya que se puede seleccionar los embriones que no las tengan, y solamente implantar embriones sanos al seno materno

b. Una vez desarrollada la técnica, y probada su eficacia,

los científicos abrieron el abanico de las opciones que trae consigo este procedimiento. Por ejemplo, se recomienda para mujeres de avanzada edad que deseen tener hijos y para mujeres que sean propensas a sufrir abortos naturales. En el primer caso, el D.G.P. ayudará a traer hijos sanos al mundo; y en el segundo, ayudará a que el embarazo llegue a término. Asimismo, se puede elegir el sexo del embrión (selección de sexo), aunque esto está prohibido en la mayoría de los países; se puede elegir un embrión en función a sus características físicas, por ejemplo, alto, aunque esto también está prohibido en la mayoría de los países. Y se puede seleccionar un embrión in-vitro entre varios, en función a sus características genéticas, a fin de cuando dicho embrión nazca, pueda ayudar a curar alguna enfermedad que afecte a un tercero (familiar). Estos son los llamados de modo discutible "bebés medicamento", ya que las palabras asignan un vaciamiento ético a lo defendible.

c. Si analizamos el proceso por el cual se fueron desplegando las distintas opciones que brinda el D.G.P., no podemos dejar de notar que los investigadores fueron introduciendo lentamente las distintas utilidades que dicho procedimiento puede aportar.

d. No se nos escapa que poner el procedimiento en práctica implica una selección de los embriones in-vitro, lo cual también conlleva que solo algunos son seleccionados para vivir.

e. Resultan destacables las finalidades que puede ostentar la técnica de DGP: evitar enfermedades ligadas al sexo, o enfermedades transmisibles genéticamente.

f. Es cierto que puede estimarse que la ciencia avanza, a veces sin expresar todas las posibilidades de las técnicas que va originando.

g. Es necesario seguir reflexionando, a fin de no poner obstáculos al progreso científico, pero sin perder de vista nuestros objetivos finales como humanidad: preservar la vida, la dignidad, la igualdad, de los seres humanos, entre otros principios fundamentales.