

**UN BEBÉ, ¿PUEDE SER UN MEDICAMENTO?
REPAROS ÉTICO-JURÍDICOS A UN FALLO
QUE SIENTA BUENOS PRINCIPIOS Y DERIVA
EN MALAS CONCLUSIONES**

*Disertación de la Dra. Úrsula C. Basset
en sesión privada del Instituto de Bioética
del 3 de abril de 2009*

UN BEBÉ, ¿PUEDE SER UN MEDICAMENTO? REPAROS ÉTICO-JURÍDICOS A UN FALLO QUE SIENTA BUENOS PRINCIPIOS Y DERIVA EN MALAS CONCLUSIONES

POR LA DRA. ÚRSULA C. BASSET²

1. El caso

Como colofón de la tarea judicial del año 2008, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió un caso con características intrincadas y equívocas, como es confuso e intrincado nuestro siglo.

Un padre y una madre solicitaron, por vía de amparo, la cobertura de los gastos del tratamiento destinado a concebir por

¹ Nos referimos aquí, a una denominación ya corriente, que hemos visto mencionada fundamentalmente en publicaciones francesas, a saber, la del “bebé-medicamento”. Con ella se hace alusión los supuestos en los que se admitió el uso de la fecundación *in vitro* para obtener un embrión histocompatible, a los fines de curar la enfermedad de un hermano. El primer caso parece haber sido el de Adam Nash, el 29/8/2000 Englewood Estados Unidos (cit. por WAGMAISTER, Adriana M., “Fecundación asistida”, RDF-41-147). En lengua inglesa se ha acuñado la expresión análoga “saviour sibling”, *House of Commons - Science and Technology - Fifth Report*, 24.03.2005, n. 129.

² Abogada (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Investigadora y Docente (UCA), Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

fecundación *in vitro* un hijo histocompatible con su hermano enfermo, con la finalidad de que el concebido, una vez nacido, pueda proveer células-madre aptas para iniciar un tratamiento (en experimentación), que eventualmente podría curar al hermano enfermo.

La maraña de la frase antecedente, saturada de subordinadas, responde al embrollo del caso: un acto enormemente complejo, y que será preciso desglosar.

2. El fallo

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en el punto que nos ocupa, llegó al siguiente fallo, inspirado fundamentalmente por el voto del Dr. Alejandro Tazza: **a)** reconocer la personalidad humana del embrión, aún en el estado pronuclear; **b)** considerar lícito el procedimiento de fecundación *in vitro* con selección embrionaria; **c)** considerar proporcionado ese tratamiento en orden al fin de la curación de Santiago (hermano enfermo); **d)** entiende que la fecundación *in vitro* es un derecho que asiste a los padres, derivado del derecho a la salud del hermano enfermo; **e)** se califica como acto médico el procedimiento y se ordena la cobertura del tratamiento por parte de dos entidades (IOMA y OAM, no analizamos aquí la razón por la cual el fallo consideró que OAM debe cubrir el tratamiento, pese a no haber sido demandada); **f)** la fecundación *in vitro* es una cuestión de orden público, indisponible para las partes (revoca así el fallo de primera instancia, que admitía que los padres y el médico acordaran la proporción de embriones “residuales” que se utilizarían para la experimentación); **g)** en orden a proteger la dignidad de los embriones no seleccionados, se admite su congelamiento, pero se prohíbe el uso de los embriones resultantes del tratamiento de fecundación que no fueran implantados, para otra finalidad que no fuera su implantación;

h) requiere que todo acto relativo a los embriones se realice con previa autorización judicial; **i)** designa un tutor a los embriones resultantes; **j)** solicita la intervención del Ministerio Público para la representación promiscua de los embriones; **k)** ordena oficiar al Ministerio de Justicia de la Nación, para recordarle que no hay legislación sobre el particular.

3. Cuestiones fácticas en juego

En el caso se debate un acto complejo, compuesto de varios actos enlazados e interdependientes en la demanda.

En primer lugar, aparecen a los ojos de todos *dos móviles valiosos de los padres*: **a)** el acto, naturalmente valioso, de desear concebir un hijo; y **b)** el acto de desear curar a un hijo enfermo. La primera motivación mueve naturalmente a reparar en el gozo de la vida naciente, en la generosidad del acto procreativo; mientras que el segundo móvil mueve inmediatamente a la compasión por el sufrimiento de un padre por la salud de su hijo, y la compasión por el sufrimiento de un niño (padece granulomatosa, una grave enfermedad autoinmune).

Ahora bien, el *medio* para satisfacer estos dos móviles, *es controversial*. Los padres pretenden: **a)** realizar un tratamiento de fecundación *in vitro*; **b)** que incluya una variante calificada de selección embrionaria; **c)** que esta selección dé como resultado el nacimiento de un embrión histocompatible con el hermano enfermo, para que el niño que sea concebido sirva como proveedor, para obtener células progenitoras hematopoyéticas sanas para su hermano enfermo; lo que puede ocurrir o bien por medio de la utilización de las células de la sangre del cordón umbilical³, o por

³ Es menester dejar constancia de que tanto la placenta como el cordón umbilical son tejidos con características singulares: ellos son tejidos originados en el embrión, y como tal contienen material genético de ese embrión.

medio de la donación de médula ósea del hermano sano al hermano enfermo⁴. La situación se ve agravada, porque el tratamiento elegido supone tan ingentes y controversiales esfuerzos –como lo son crear una multitud de embriones no compatibles y unos cuantos, compatibles–; y a su vez, este tratamiento está apenas en estado experimental. En otras palabras, queda puesta en cuestión la proporcionalidad de los medios respecto de los fines.

Los padres pretendían que la obra social IOMA cubriera los gastos del procedimiento. Implícitamente, se debate el asunto de si acaso la fecundación *in vitro* puede ser calificada como un acto médico, según la ley respectiva.

4. Principios y cuestiones jurídicas en juego

Sin afán de agotar la compleja problemática jurídica, identificaremos inicialmente algunas cuestiones problemáticas que se entretrejen en el trasfondo jurídico de la solución. Volveremos sobre ellas en la secciones 5 y siguientes de nuestro comentario.

4.1. Principios

Presupuesto básico. El embrión concebido fuera del seno materno es persona humana. El fallo debate este punto de partida y lo resuelve calificando como persona humana al embrión concebido extracorpóreamente, confirmando así una tendencia jurisprudencial.

⁴ Seguimos aquí el instructivo que presenta el CUCAI de Corrientes, que puede consultarse virtualmente en http://www.cucaicor.com.ar/datos/preg_frec.pdf

dencial consolidada⁵ y una vasta mayoría doctrinal⁶, fundados en la información que aporta indiscutiblemente la ciencia biológica.

Se reconoce, además, que según la legislación argentina, todos los embriones concebidos por fecundación *in vitro* (crioconservados, implantados, descartados, desde la penetración del espermatozoide en el óvulo) son, a todo evento, “niños” y merecedores de la protección de todos los estatutos especiales para la niñez. Todos los niños concebidos (crioconservados o implantados) serán hijos de los progenitores solicitantes y hermanos entre sí y de Santiago (recordemos, el hermano enfermo que requiere el trasplante).

a) Derecho a la vida y a la salud⁷: Queda claro que en el fallo se discute el derecho a la vida y a la salud de Santiago.

Debe considerarse el derecho a la vida y a la salud del *hermano diseñado a medida* (histocompatible). Este hermano-salva-

⁵ CNCIV, Sala I, 3-12-99, con voto de los Dres. Julio Ojea Quintana y Delfina Borda, con el antecedente del fallo de la CSJN, “Portal de Belén”. A estos precedentes, habría que agregar el fallo de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (fallo del 15-3-00) publicado en ED, 30-10-2001, que prohibió el recurso a las técnicas de fecundación *in vitro*, en virtud de que afectan el derecho a la vida y la dignidad humanas.

⁶ Citamos tan sólo algunos autores: MAZZINGHI, Jorge A., “Breve reflexión sobre la fecundación *in vitro*”, LL-1978-C-993, y MAZZINGHI, Jorge A., Derecho de Familia, 4^a ed. act. y ampliada, t. IV, pág. 104, parágr. 720 y ss., BAIGORRIA, CLAUDIA E.; SOLARI, NÉSTOR E., “El derecho a la vida en la Constitución Nacional”, LL-1994-E-1167, CAFFERATA, JOSÉ IGNACIO, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED-130-729; QUINTANA, EDUARDO M., “Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida”, ED-147-847, 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 y “Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados - Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”, ED, 188-993 (entre otros); HERRERA, Daniel A., “El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica”, EDCrim, (08/09/2005, nro 11.338), SAMBRIZZI, Eduardo A., “La cultura de la muerte”, conferencia pronunciada en el II Encuentro de Derecho de Familia y publicada en LL-04/07/2008. Adriana N. KRASNOW, compara las diversas posturas en el derecho Argentino, con amplia cita bibliográfica. Ver *La filiación*, Buenos Aires, 2006, La Ley, p. 185 y ss. Ella misma se enrola en el reconocimiento de la personalidad humana al embrión concebido.

⁷ Garantizado en numerosos documentos internacionales, así como en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, Art. 6. También enunciado en el Art. 8, ley 26.061.

dor (“saviour sibling”⁸) será sometido a un diagnóstico prenatal, que aumenta los riesgos para su salud física⁹. Su salud psíquica también está en cuestión¹⁰. Aún no se conoce cómo podrá incidir en él, el hecho de haber sido concebido y seleccionado *para* “curar” a su hermano. En el futuro, el hermano histocompatible seleccionado y nacido, donará de su material genético células de cordón¹¹; o bien deberá donar más adelante, células hematopoyéticas de su médula ósea.

Por último, es necesario discurrir sobre el derecho a la vida y a la salud *de los demás embriones “fabricados”*¹² hasta lograr obtener el elegido histocompatible.

Así pues, hay varios derechos a la vida y a la salud a considerar: el de Santiago (al que podemos nombrar); el de su hermano seleccionado a medida; y el de sus muchos hermanos fabricados y no elegidos, por no cumplir con el estándar de histocompatibilidad. El fallo sólo considera el derecho a la salud de Santiago.

b) Derecho a la dignidad personal¹³. El derecho a la dignidad personal (que no es analizado en el fallo) se ve comprometido para su hermano histocompatible, así como para los demás embriones descartados por no ser histocompatibles. El primero habrá sido concebido como instrumento para un fin: ser donante de

⁸ Según el término acuñado en Inglaterra, respecto de los “leading cases” Hashmi y Whitaker.

⁹ “Cabe por de pronto poner de relieve que la mayor parte de las técnicas que se aplican para realizar estos análisis, son invasivas y, por tanto, constituyen un riesgo para la madre o el feto, que VÍCTOR B. PENCHASZADEH cuantifica entre el 0,50% y el 2% de pérdida fetal.”, cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A. “Los diagnósticos prenatales y las prácticas eugenésicas”, ED-206-1087.

¹⁰ Ver más abajo, sección 5.

¹¹ Recordemos que las células de cordón, como la placenta, provienen del tejido embrionario.

¹² Siempre mueve a perplejidad cuál sea el término que debe utilizarse para esta curiosa tercerización del proceso procreacional. Es claro que los médicos no procrean, más tampoco procrean los padres, sino que aportan células singularísimas.

¹³ Enunciado en numerosos documentos internacionales. Específicamente, respecto de los niños, es recogido enfáticamente por el Art. 9, de la ley 26.061.

células histocompatibles hematopoyéticas para su hermano¹⁴. Los segundos, serán conservados en tubos de ensayo en una nevera y tal vez nunca sean implantados.

c) Derecho a la igualdad¹⁵. Todos los hombres tienen derecho a ser tratados de la misma manera en las mismas condiciones. Se había planteado ya la violación del derecho a la igualdad, entre los niños nacidos por parto natural y aquellos que habían sido “concebidos” *in vitro*¹⁶. No obstante, la selección embrionaria presupone el tratamiento diferencial con consecuencias directas sobre la vida misma de los sujetos, sobre la base de presupuestos genéticos y de salud/enfermedad (los hermanos sanos histocompatibles verán realizado tal vez su derecho a nacer, mientras que los embriones restantes, probablemente no).

d) Estándar del mejor interés o del interés superior. (Art. 3, *Convención sobre los Derechos de los Niños*). En este caso, el mayor interés del niño enfermo, es ser curado, aun a expensa de sus hermanos creados a tal fin. Pero, toda vez que deben armonizarse los derechos de todos los niños involucrados en el procedimiento, esa solución es inaceptable¹⁷.

e) Derecho al desarrollo integral. Este derecho ha sido especialmente garantizado respecto de los niños. Está previsto en el

¹⁴ “...a child can never serve as a means of satisfying another’s interest or desire”, MEULDERS-KLEIN, ver cit. nota 15.

¹⁵ Art. 2, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Art. 28, ley 26.061.

¹⁶ MEULDERS-KLEIN, M-Thérèse, “Biomedicine, the family and human rights. The same ethics for all?”, en Id. Et al (eds.) *Biomedicine, family and human rights*, Kluwer, 2002, Países Bajos, p. 631

¹⁷ En el informe citado en la nota anterior, encontramos la siguiente cita (n. 106): “Brenda Almond, a former member of the HFEA told us that “there should be no question at all of removing the ‘welfare of the child’ provision [...] New procedures in reproductive medicine mean that the rights and welfare of children can be violated at a stage of vulnerability which it has not previously been necessary to recognise.”

Art. 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante *CDN*), y su trascendencia es tal que es uno de los principios contenidos en la *Declaración sobre los Derechos del Niño*. La legislación argentina recoge este derecho en el Art. 9 de la ley 26.061 y entre los deberes emergentes de la patria potestad (Art. 264, *Código Civil Argentino*). Debe aplicarse a los embriones crioconservados, que tienen derecho a su desarrollo pleno.

f) Derecho a la vida familiar¹⁸. El derecho a no ser separado de su familia se encuentra garantizado en la *CDN*, en los Arts. 9, 18 y 19, pero en el derecho interno se ha reforzado este derecho, a partir de la sanción de la ley 26.061, se incorpora especialmente en su Art. 7°. Debe aplicarse este principio a los embriones crioconservados, que también tienen derecho a una vida de familia.

g) Derecho a la identidad. El Art. 11, de la ley 26.061, dispone lo siguiente: “Las niñas, niños y adolescentes tienen *derecho a un nombre*, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley (...)” Los niños crioconservados tienen derecho a un nombre, a la preservación de sus relaciones familiares, a conocer a sus padres, etc.

h) Derecho a la integridad física y psíquica: Tanto el hermano-medamento, como el niño crioconservado tienen derecho a su integridad física y psíquica. Como veremos más abajo, un protocolo internacional sobre la cuestión en análisis, revela el gravamen a la integridad psíquica que implica la fabricación de un bebé-a-medida para-su-hermano. El Art. 9° de la ley 26.061 dispone en los párrafos 2° y 3°: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.” La *CDN*

¹⁸ Arts. 9, 18 y 19, *Convención sobre los Derechos del Niño*: Derecho a no ser separado de sus padres, a recibir asistencia y evitación de toda forma de abuso respecto de los niños. Art. 7°, ley 26.061. Art. 264, *Cód. Civil Argentino*.

previene en su Art. 19 contra toda forma de abuso de los padres respecto de sus hijos.

4.2. Cuestiones jurídicas que cabe indagar

Cabe preguntarse si, a la luz de los principios expuestos en la sección 4.1., a) si es lícita la fecundación *in vitro* como procedimiento en sí mismo; b) si es lícito instrumentar la concepción de un ser humano (concebirla como un medio, para fabricar un donante de médula ósea); c) si es lícita la selección embrionaria; d) si la fecundación *in vitro* es un acto médico y, e) si la concepción por fecundación *in vitro* es un derecho exigible. Depende de la respuesta que se dé al punto a), cabe preguntarse sobre un último punto: f) ¿es proporcionado fecundar *in vitro* con selección embrionaria para resolver el caso?

5. Análisis jurídico

Aplicando los principios y las esferas jurídicas en juego, corresponde analizar críticamente las soluciones propuestas por el fallo marplatense.

5.1. ¿Es lícita la fecundación in vitro?

El fallo toma como punto de partida una calificación jurídica correcta: el concebido fuera del seno materno, aún en estado pronuclear, es persona (niño), y como tal es acreedor de todos los derechos fundamentales (ver *supra*, sección 4). Sin embargo, ordena la realización de un tratamiento (calificado) de fecundación *in vitro*.

La fecundación *in vitro* implica la previsión inevitable de la muerte de al menos algunos de los embriones que se implantan¹⁹; y el congelamiento o criopreservación de un número indefinido de embriones supernumerarios, residuales o restantes. El promedio en Europa en 2004 era de aprox. 10:1; es decir diez hermanos muertos, para que uno viva²⁰.

Al mismo tiempo, previamente a la implantación de los embriones, hay un procedimiento de selección de los embriones más aptos. La selección se basa en diversos criterios (p. ej. morfológicos, como la simetría). Así, necesariamente, la fecundación *in vitro* presupone el eugenismo²¹.

¹⁹ Ver nota anterior. Se discute en la literatura científica, la conveniencia de implantar uno, dos o más embriones, en virtud de la incidencia que este número pueda tener en los nacimientos vivos, peso de los embriones, nacimientos múltiples, precoces, etc. Para una revisión de la literatura al respecto, puede consultarse: DARE, Marianna, CROWTHER, Caroline, DODD, Jodie, NORMAN, Robert, "Single or multiple embryo transfer following in vitro fertilisation for improved neonatal outcome: A systematic review of the literature.", *Source: Australian & New Zealand Journal of Obstetrics & Gynaecology*; Agosto 2004, Vol. 44 Issue 4, p. 283-291.

²⁰ LAFFERRIERE, cita en su artículo un estudio del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento británico, en el que se concluye **que para obtener un bebé nacido vivo** con técnicas de procreación humana, **se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa**. El país con mejor "tasa" es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6. (*House of Commons, Committee on Science and Technology, Fifth Report*, marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsctech/7/702.htm>. Ver, "Técnicas...", cit.) Ver nota 10. Actualmente, puede consultarse este informe en *House of Commons, Committee on Science and Technology, Fifth Report*, marzo 2005, n.296; <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsctech/7/708.htm>; (consultado 19/02/2009).

²¹ Sobre *criterios de selección*, puede consultarse: PETERSEN, FERREIRA, BARUFFI, FRANCO, "Early embryo selection after ICSI: What are the best criteria?", en *Reproductive Technologies*, Marzo 2001, vol. 10, number 2, pág. 93. ARROYO, Gemma; BARRI, Pere N.; "Embryo selection and health", en *International Congress Series*; Junio 2004, Vol. 1266, p156. Sobre la *tentación de eugenismo* en el DPI (diagnóstico preimplantatorio) y su valoración (entre muchos): TESTART, Jacques, "Le fantasma de les enfants convenables", *Politis*, 4/9/2008 y "Fabrique du vivant et décroissance", en *Entropia N° 3,11/2007*, ambos asequibles en su site, <http://jacques.testart.free.fr/site/index.php/texte795> y <http://jacques.testart.free.fr/site/index.php/texte763>, respectivamente (consultados 19/02/2009). También puede consultarse en la literatura nacional jurídica sobre el mismo asunto: LAFFERRIERE, Jorge N., "Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos". Buenos Aires, 15 de agosto de 2006)", ED, 219-858 y SAMBRIZZI, Eduardo A., "Diagnósticos prenatales y prácticas eugenésicas"

En la Argentina, nada asegura el destino de los hermanos no seleccionados: en principio, son criopreservados; pero también podrían ser vendidos como material genético para diversos fines, o utilizados para experimentación (como preveía expresamente el fallo de primera instancia, y revocó el fallo que comentamos).

Así pues, si comparamos los principios con la realidad fáctica de la fecundación *in vitro*, no cabe duda de que esta técnica es violatoria del derecho a la vida (prevé la muerte de embriones, al menos con dolo eventual).

Aunque comprendemos que este argumento pueda resultar menos inteligible al pensamiento contemporáneo, la fecundación *in vitro* viola la dignidad de *todos* los embriones resultantes (crioconservados o no), por el modo en que se produce la concepción: el ser humano tiene tal dignidad que merece ser concebido en un acto dialógico unitivo, expresivo del amor del padre y la madre²². Viola más gravemente la dignidad de los embriones restantes o supernumerarios, porque les depara un destino que es indigno de un ser humano: una heladera²³.

Por último, la fecundación *in vitro* introduce un desorden irreversible en la sociedad, que gravita en el bien común. Se ha afirmado que corroe la estructura genealógica que impregna nuestras concepciones del mundo jurídico. La estructura genealógica tiene un valor simbólico, de orden social²⁴. Hasta qué punto la aceptación de la técnica implica un quebranto en la estructura social, es posible entreverlo hoy en aberraciones como las que ya estamos observando: la creación de híbridos hombre-animal, la experimentación con seres humanos, niños creados y diseñados a

²² LAFFERRIERE, Jorge N., "Técnicas ...", cit. supra.

²³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, "La tutela de los embriones congelados", LL-2005-E-1152.

²⁴ ASSIER-ANDRIEU, Louis, « Biomédicine, famille et droits de l'homme », en MEULDERS-KLEIN et al. (eds.), *Biomedicine, the family and Human Rights*, Kluwer, 2002, Países Bajos, p. 19 y ss.

pedido, clonación humana, etc. Hay una fractura en la dignidad de la procreación, que se manifiesta en una fractura en el parentesco, una fractura en la identidad, una fractura en la familia y finalmente, como proyección directa: una fractura en el orden social.

Jacques TESTART, pionero de la fecundación en probeta en Francia a fines de los sesenta, escribe ahora: “La historia de la fivet ha estado impregnada desde su comienzo de ambiciones y trayectorias personales. Ella hizo inventar una ‘bioética’ con reglas subjetivas y por lo tanto variables según las regiones del mundo. Transcurrida la conmoción provocada por la fecundación de probeta o por la perspectiva de la partenogénesis, la suerte de los embriones numerosos así concebidos ha suscitado reservas. Los practicantes han frecuentemente refutado las objeciones a sus ambiciones en nombre de una hipotética investigación científica, y ello llegando incluso a demandar la creación de clones o aun de quimeras hombre-animal”²⁵.

Así pues, la derivación lógicamente estricta del silogismo jurídico-prudencial, demuestra que aun cuando el deseo de tener un hijo es lícito, de una parte no hay un derecho al hijo²⁶ (que sigue siendo un don, como manifiestan los especialistas en adopción); ni mucho menos es lícito obtener un hijo violando la dignidad de su concepción y a expensas de la dignidad y la vida de sus hermanos.

²⁵ « L'histoire de la fivète a été imprégnée, dès le début, d'ambitions et trajectoires personnelles (4) et elle a fait inventer une « bioéthique » aux règles subjectives puisque variables selon les régions du monde (5). Passé l'émoi provoqué par la fécondation en éprouvette ou par la perspective de parthénogenèse (6), c'est surtout le sort des embryons ainsi conçus en nombre qui a suscité des réserves (7). Les praticiens ont souvent refoulé les objections à leurs ambitions au nom d'une hypothétique recherche scientifique (8), celle-ci allant jusqu'à demander la création de clones (9) ou même de chimères homme-animal (10). » en *Bioéthique et AMP*, publicado el 10/01/2009, en su sitio en internet : <http://jacques.testart.free.fr/site/index.php/amp> (consultado el 19/02/2009).

²⁶ MEULDERS KLEIN, M-Thérèse, cit. nota 15, p. 631: “It is rather a matter of children's basic rights, and one may wonder when seeing how movements for children rights –usually so militant– have not yet noticed the adultocentric nature of the ‘right to a child’ at a time when morally and physically the child may no longer be considered as an ‘object’ of law or of consumption”.

5.2. ¿Es lícito instrumentar la concepción de un hijo como medio para la curación de su hermano?

A la luz de los principios expuestos, ¿es lícito que un bebé sea medicamento para otro? La dignidad, que equipara a todos los seres humanos, impide que la persona humana sea utilizada como un medio para un fin.

Conviene recorrer sumariamente la regulación de los bebés-medicamento o hermanos-salvadores en uno de los países con legislación más permisiva del mundo: el Reino Unido. Podrá advertirse así, cómo en una de las legislaciones más liberales del mundo, este asunto es regulado muy restrictivamente y con enormes reparos.

El Reino Unido ha admitido expresamente la posibilidad de crear bebés-medicamento. Sin embargo, el protocolo del *Código de Práctica* de la HFEA²⁷ (Autoridad de Fertilización y embriología humanas del Reino Unido), es estrictísimo en el sentido de considerar esta posibilidad como última alternativa posible. Como es sabido, la creación de un bebé-medicamento exige una selección embrionaria mucho más calificada: supone encontrar un embrión histocompatible, y escanear además que sea sano por medio de un diagnóstico prenatal. La HFEA exige a los centros que realicen la fecundación, que se invite con insistencia a los pacientes a participar de estudios de largo plazo, que incluyan estudios médicos y psicológicos para el niño nacido por este procedimiento (Sección G.12.5.2.). El procedimiento debe ser hecho por un equipo interdisciplinario, que mantenga estrecho contacto con el clínico y el médico del niño enfermo. Se requiere que de ninguna manera este procedimiento sea regular, sino que debe analizarse circunstancialmente cada caso, para ver si es conveniente o no en ese supuesto. La gravedad de la condición médica del niño afec-

²⁷ Puede consultarse en www.hfea.gov.uk/codeofpractice.htm (consultado el 19/2/2009).

tado, así como su peligro de muerte, deben ser cuidadosamente evaluados antes de acceder al diagnóstico selectivo preimplantacional (G.12.5.5.)

La HFEA establece un protocolo que estandariza las circunstancias que deben ser evaluadas para hacer lugar al diagnóstico selectivo: a) el grado de sufrimiento del niño afectado; b) la rapidez de la degeneración en los desórdenes progresivos; (...) d) la prognosis del niño afectado en relación a todos los tratamientos disponibles; y e) *la disponibilidad de tejidos de transplante que provengan de fuentes alternativas* (G.12.5.6., resaltado nuestro).

Además, deberán considerarse en la decisión las consecuencias para el niño que nacería del diagnóstico preimplantatorio, a saber: a) riesgos asociados a la biopsia; b) las probables implicancias emocionales y psicológicas de largo plazo para el niño (lo que se relaciona en este punto explícitamente con el estándar del bienestar del niño)²⁸; c) si el niño afectado requerirá de su hermano cirugía intrusiva y si esta cirugía en su caso deberá ser repetida o no; d) si puede no haber complicaciones para el niño que nacerá en punto al tipo de tejido que será seleccionado. (G.12.5.7.).

Respecto de la familia, entre otras circunstancias, se requiere examinar las posibilidades de éxito, en virtud de la cantidad de embriones que deberán ser transferidos. Adviértase que debido a la previsibilidad de fracasos (muertes de embriones implantados en el vientre materno), que está implícita y prevista en toda fecundación *in vitro* (ver supra), para implantar con posibilidades de éxito es preciso fabricar varios embriones histocompatibles y sanos, para implantarlos en el útero materno. La HFEA requiere evaluar las posibilidades de un fracaso en esa implantación, la posibilidad de la familia de afrontar un proceso de fecundación *in vitro* y un embarazo, durante el cuidado del niño afectado, el entorno social disponible de esa familia y las circunstancias familiares de las personas

²⁸ El texto en inglés dice: "...the likely long-term emotional and psychological implications for the child who may be born".

que buscan ese tratamiento (todo en G.12.5.8.). Sin ir más lejos, podría sobrevenir un divorcio durante el procedimiento, y entonces suscitarse aristas polémicas en punto a los pasos a seguir.

De esta enunciación de previsiones por parte de la HFEA, se advierte la complejidad del supuesto en análisis. Incluso en un marco legislativo de los más permisivos, la posibilidad de engendrar para obtener un bebé-medicamento debe ser la última opción, impone un protocolo exigente de cuestiones a considerar para acceder al tratamiento, requiere además hacer un seguimiento para paliar el impacto emocional y psicológico sobre el bebé-medicamento (daño emocional y psicológico que se da por sentado), diseñar una prognosis, evaluar el medio familiar... Es preciso tomar nota de todas estas cuestiones, en su mayoría totalmente ausentes de los considerandos del fallo en análisis.

¿Podrá el niño así concebido, ideado como un medio para curar a su hermano, demandar en el porvenir a sus padres por la herida que le han causado al quererlo como accesorio de su hermano enfermo? No lo sabemos. Lo cierto es que el modelo inglés, en toda su permisividad, expresa la gravedad de una cuestión dramática: la de un niño instrumentado, que no es querido por sí mismo, como su hermano afectado; sino que es querido para otro y sólo si reúne las condiciones histológicas requeridas. Al menos, el que reúna esas condiciones será premiado con la eventualidad de ver la luz del día (¿cuál será la suerte de sus hermanos criopreservados?).

5.3. ¿Es lícita la selección embrionaria?

La selección embrionaria es ilícita en todos los casos, porque supone una forma de eugenismo discriminatorio²⁹. En este caso, el fallo propone una selección agravada: no sólo debe tratarse de

²⁹ HERRERA, Daniel A., "El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal ...", cit. supra; LAFFERRIERE, Jorge N., "Técnicas ...", cit. supra, entre otros.

un embrión “viable”, sino que además debe ser histocompatible y sano. Debe analizarse el tejido del embrión por medio de un diagnóstico preimplantatorio. Y no alcanza con obtener un embrión histocompatible, sino que es menester obtener varios de ellos, de acuerdo con las limitadas posibilidades de éxito de la fecundación *in vitro*. Así, pues, y de acuerdo a los principios que son punto de partida del fallo en análisis, no es lícito elegir qué hijo será implantado y cuál no, todos tienen el idéntico derecho a nacer, sin distinción de condición³⁰.

5.4. ¿Es la fecundación in vitro un acto médico?

La fecundación *in vitro* no es un acto médico, porque no cura. Es un procedimiento destinado a suplantar lo que *no puede ser curado*: la inhabilidad para concebir. Debe reiterarse, que de acuerdo a los principios que guían la protección de la vida humana desde la concepción, se trata de un procedimiento inaceptable.

En el caso en análisis, ni siquiera suple la inhabilidad de los progenitores. Es un procedimiento priorizado entre muchos otros, de imposible proporcionalidad, destinado a diseñar niños a medida para sanar a un niño enfermo.

¿El hecho de que la técnica de fecundación esté destinada a sanar a un niño enfermo, lo convierte en un acto médico? No. El fallo confunde los términos en este punto. Asegura que IOMA y OAM deben otorgar cobertura al tratamiento, porque está destinado a sanar al hermano enfermo. En primer lugar, existen otras vías mucho menos dañosas para obtener células madres hematopoyéticas histocompatibles que el procedimiento que se sugiere, (Ver nuestra reseña del protocolo de la HFEA, *supra*). Pero, por sobre todo, la fecundación implica la selección de embriones (calificada),

³⁰ SAMBRIZZI dirá que nadie tiene derecho a decidir quién vive y quién no, en “Cultura de la muerte”, *cit. supra*.

la muerte prevista al menos con dolo eventual de otros embriones y la criopreservación de otros tantos³¹, y por ello es inaceptable en sí misma. Hay una confusión en el fallo entre la licitud del fin (la curación del enfermo) y la ilicitud de los medios. Nunca es lícito el uso de un medio ilícito para obtener un fin legítimo.

5.5. ¿Es un procedimiento jurídicamente exigible?

Si se examina el objeto del procedimiento solicitado, éste es nulo por imperio del Art. 953 del Código Civil. Su objeto es inmoral. Es crear un ser para ser usado en orden a sanar a otro, por medio de la muerte prevista con dolo eventual al menos, de sus hermanos y la criopreservación de otros muchos hermanos.

Toda vez que se trata de un procedimiento ilícito, mal puede ser objeto de un derecho subjetivo (y menos aún objeto de cobertura médica).

Su antijuridicidad proviene además de que quebranta simultáneamente el derecho a la vida³², el derecho a la dignidad personal³³, el derecho a la igualdad³⁴, el derecho a la familia de los embriones criopreservados³⁵, el derecho al mayor bienestar de los niños³⁶ (del niño-medicamento y de sus hermanos crio-preservados) y la identidad de los niños crioconservados (derecho al nombre,

³¹ Sin contar los efectos nocivos al bien común de admitirse las técnicas, a los que ya nos referimos *supra*.

³² Garantizado en numerosos documentos internacionales, así como en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, Art. 6. También enunciado en el Art. 8, ley 26.061.

³³ Enunciado en numerosos documentos internacionales. Específicamente, respecto de los niños, es recogido enfáticamente por el Art. 9, de la ley 26.061.

³⁴ Art. 2, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Art. 28, ley 26.061.

³⁵ Arts. 9, 18 y 19, *Convención sobre los Derechos del Niño*: Derecho a no ser separado de sus padres, a recibir asistencia y evitación de toda forma de abuso respecto de los niños. Art. 7º, ley 26.061. Art. 264, *Cód. Civil Argentino*.

³⁶ Art. 3, *Convención sobre los Derechos de los Niños*.

etc.)³⁷, el derecho a la identidad del niño-medamento³⁸ (que se verá sin duda alterada al identificarse no con un niño querido-por-sí-mismo, sino en un niño-querido-en-virtud-de-otro), el derecho al desarrollo integral del niño (de los niños criopreservados)³⁹.

Esta masiva violación de los derechos de los niños involucrados en este procedimiento, no queda resuelta en absoluto por la designación de un tutor, ni por la representación promiscua del Ministerio Público. El fallo ordena la infracción de todos los derechos enunciados en el párrafo anterior. Ni siquiera se prevé un mecanismo de contención que ayude a procesar el daño psicológico del niño-medamento, por no haber sido querido por sí mismo, sino en virtud de la utilidad de sus células para la curación de su hermano.

5.6. ¿Es proporcionada la solución?

La solución propuesta por el fallo, de acuerdo con las secciones precedentes, es de imposible proporción. No hay proporción posible, cuando se decreta un tratamiento que engendra –aunque sea con dolo eventual– la muerte de unos seres humanos para salvar la vida de otro. ¿Qué vida es aquella que se obtiene a expensas de la vida de innumerables hermanos criopreservados o muertos previstamente por la técnica utilizada? Sólo ocultando este dato tremendo, suprimiendo de la conciencia esta realidad, puede cargarse con este peso y vivir con indiferencia.

³⁷ El Art. 11, de la ley 26.061, dispone lo siguiente: “DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen *derecho a un nombre*, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.”

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Principio 2, *Declaración sobre los derechos del niño*, ONU, Art. 6, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Art. 3, inc. c), ley 26.061.

Ni qué hablar de que existían otras vías posibles de solución, tales como el transplante de células madre histocompatibles de un donante sano. Alternativas todas, que en un apresuramiento censurable (¿había necesidad de resolver una cuestión tan delicada por vía de amparo?), se descartan.

Ni siquiera los protocolos liberales y permisivos de la legislación inglesa hubieran aceptado una solución tan apresurada.

6. Balance: Más sombras que luces

Si bien el fallo contiene elementos loables, como lo es la consolidación de la calificación jurídica de persona humana para los embriones concebidos extracorpóreamente, también lo es que no extrae las consecuencias que se siguen de esta comprobación, y cómo tal no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

En primer lugar, la técnica de fecundación *in vitro* no se condice con la garantía efectiva de los derechos de todas las personas en juego. Afecta masivamente derechos de los embriones implantados, como derechos de aquellos que son seleccionados como supernumerarios y criopreservados. Las técnicas mencionadas tienen un objeto ilícito y además introducen un tremendo desorden social.

Si a la gravedad de la admisión de las técnicas de fecundación, se suma el hecho de que el objeto-fin de técnica de fecundación es nada menos que crear un ser humano para curar a otro, instrumentar la vida humana; el fallo se vuelve doblemente censurable. Dicha técnica agrava la selección preimplantatoria habitual, introduciendo más elementos cuestionables: riesgos eventuales para el niño seleccionado (ver *supra*), el daño psicológico y emo-

cional al concebido para tal fin, los efectos colaterales previstos –como, p. ej., el mayor número de embriones supernumerarios–, y el gravamen sobre el niño afectado (quien deberá vivir con el hecho de que se concibió artificialmente a un hermano para sanarlo a él, que gracias a ello numerosos embriones-hermanos viven en un refrigerador y tal vez nunca lleguen a nacer).

No resuelve la cuestión, el hecho de designar un tutor para los embriones crioconservados. La afrenta a sus derechos humanos ya está consumada: viven separados de sus padres en una nevera, y su existencia se funda en ser un mero efecto colateral de una fecundación selectiva; que no persigue un ser humano, sino la obtención de células histocompatibles. El hermano es un efecto colateral, y si sus células no sirven, será congelado o descartado.

La fecundación *in vitro* no sólo no es un acto médico, sino que tampoco es un derecho exigible. En general, no hay derecho al hijo (menos aun, que implique criopreservar y prever muertes eventuales con ese fin). Mucho más antijurídico es fabricar hijos para sanar a un niño enfermo. La sola idea es monstruosa y lesiva de la dignidad humana.

El fallo es arbitrario e incoherente en su argumentación: reconocida la personalidad humana del embrión concebido extracorpóreamente, su vida, quedan implicados de resultas el derecho a tener un nombre, a ser protegido del abuso de sus padres, a su desarrollo integral, a su dignidad; no admite una discriminación según la histocompatibilidad de las células, ni sobre ninguna base. Los niños tienen derecho a ser concebidos en el seno de una relación humana de un hombre y una mujer, de no nacer a expensas de hermanos criopreservados y muertos en virtud de la técnica de procreación, y de desarrollarse integralmente según las circunstancias naturales de la vida.

7. El “pan-amparismo” de los tópicos éticamente problemáticos

Como corolario de estas reflexiones, quisiéramos reparar en una cuestión llamativa: la incidencia de que tópicos enormemente problemáticos, con dilemas de compleja resolución, se planteen en el marco de juicios sumarísimos, ante jueces que muchas veces no cuentan con el tiempo suficiente como para responder a estas cuestiones en la inmediatez de plazos que requiere un amparo.

Empero, hoy día asistimos a que tanto los abortos, los matrimonios entre personas del mismo sexo, las coberturas de tratamientos para fecundación *in vitro* se dirimen en juicio sumarísimo. ¿Será legítimo este empeño? Parecería necesario revisar esta nueva tendencia, y dar a cuestiones tan serias como las enunciadas, el marco de debate amplio que merecen.