

Expte: 110.803

Fojas: 85

En Mendoza, a treinta días del mes de julio del año dos mil catorce, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 110.803, caratulada: L., E.H. y OT. En J. 221.605/50.235 “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 140 y 141 del C.P.C. y teniendo en cuenta las facultades conferidas por Acordada n° 5845, en el acto del acuerdo, quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal:: primero: DR. . JORGE H. NANCLARES; segundo: DR ALEJANDRO PÉREZ HUALDE; tercero: DR. OMAR PALERMO.-

ANTECEDENTES:

A fs. 22/41 los actores, SRES. E. H. L. y E. D. V. por derecho propio y con patrocinio letrado, deducen recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 228/234 de los autos N° 221.605/50.235, caratulados: “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN

A fs. 48 se admite formalmente el recurso deducido y se manda correr traslado a la contraria quien contesta a fs. 51/71, y a fs. 74/76 comparece Fiscalía de Estado tomando intervención de ley. Ambos solicitan el rechazo del recurso intentado.

A fs. 78/80 obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja rechazar el recurso deducido.

A fs. 81 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 82 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de estos recursos son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 18/12/2012, los SRES. E.H.L. y E.D.V. iniciaron acción de amparo contra la obra social de empleados públicos, en adelante OSEP. Solicitaron se condene a la obra social a otorgar cobertura integral (100%) de la prestación fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con DGP mientras su estado de salud lo requiera y lo prescriba el profesional médico que los asiste, sin límites en la extensión de cobertura y hasta lograr el embarazo (incluyendo la medicación y los gastos que ello demande) Relataron que contrajeron matrimonio en el año 2009 y desde entonces comenzaron la búsqueda de un hijo sin resultados positivos; por lo que en el año 2011 consultaron a la Dra. Aída Pinto Arias, Coordinadora del Programa de Fertilidad Asistida, quien luego de solicitar varios exámenes, diagnostica una infertilidad primaria en función de un factor masculino (astenospermia moderada) y un factor cervical test postcoital negativo; que como consecuencia de tales resultados se le indicaron ciclos de inseminación intrauterina, realizándose en agosto y setiembre de 2011 con resultado negativo; en noviembre del mismo año se canceló el tercer ciclo estimulado, y en diciembre se realizó un ciclo concepcional que terminó en aborto bioquímico.

Continúan exponiendo que en razón de los resultados negativos en tratamientos de baja complejidad se indicó fertilización asistida de alta complejidad denominada ICSI en abril de 2012, resultando test embarazo con niveles de 6,9 UI/ml, razón por la cual se solicitaron cariotipos, resultando cariotipo masculino 46 xy con translocación Robertsoniana

entre cromosomas 6-15. Esto los llevó a consultar con un médico genetista quien sugirió evaluar tratamiento de alta complejidad y realizar Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), ya que los estudios realizados indicaban que el Sr. L. tenía un riesgo de 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto intercromosómico, los cuales originarían embriones anormales causantes de infertilidad y/o nacidos con cromosomopatías. Resaltaron que el método de abordaje ICSI con DGP recomendado debía ser realizado a la brevedad posible debido al deterioro progresivo en su condición de fertilidad.

El 04/12/2012, en su carácter de afiliados, solicitaron a la OSEP mediante carta documento, la cobertura total del tratamiento de alta complejidad referenciado debido a la patología padecida, el cual debía realizarse en Bs. As. en “FECUNDITAS MEDICINA REPRODUCTIVA DE ALTA COMPLEJIDAD” dado que no había prestadores para la técnica DGP en nuestra provincia. No obstante, la obra social mantuvo silencio hasta la interposición del amparo. Fundaron su pretensión en el derecho a la salud, la procreación y la familia y a los servicios sociales necesarios para lograr el embarazo deseado, todos de rango constitucional; y en precedentes jurisprudenciales de otras provincias y de nuestras cámaras provinciales.

2. A fs. 86/96 la OSEP rindió informe circunstanciado, ofreció prueba, y solicitó el rechazo de la acción deducida por no darse los requisitos del amparo (ilegalidad o arbitrariedad manifiestas); además, indicó que no probaban la efectiva afectación de los derechos que alegaban conculcados; ni surgía el peligro inminente, toda vez que no habían agotado la vía administrativa pese a que el tratamiento demandaba tiempos de espera que hubiesen permitido mayor debate y prueba, como la cuestión requería y por lo tanto el amparo no era vía más idónea.

En subsidio peticionó la imposición de costas por su orden fundamentalmente porque los actores eligieron esta vía sin recurrir a otras paralelas, en especial la administrativa, y por

no haberles afectado derecho alguno.

Asimismo, solicitó la denuncia de litis a OSPLAD porque los actores tenían cobertura con esta obra social y no había sido demandada.

Por último, solicitó se fijara audiencia de conciliación.

3. A fs. 98 compareció Fiscalía de Estado manifestando que se limitaría a efectuar el control de legalidad de la actividad defensiva de la demandada que por ley le correspondía.

4. Dispuesta y notificada la denuncia de litis, a fs. 111/119 por intermedio de apoderado OSPLAD rechazó la citación efectuada y planteó la falta de legitimación sustancial pasiva. En subsidio contestó solicitando el rechazo de la acción de amparo.

5. A fs. 144 se agregó acta de audiencia de conciliación en la cual se dejó constancia que la demandada ofreció cubrir los gastos del tratamiento ICSI durante tres intentos al 100% el primero, al 50% el segundo y al 25% el tercero, propuesta que rechazó la parte actora.

6. A fs. 162/172 la jueza de primera instancia rechazó la acción de amparo e impuso las costas a los amparistas vencidos y en el orden causado en cuanto al tercero citado. Entendió que la negativa de OSEP no era notoriamente ilegal ni arbitraria ya que el DGP solicitado no estaba incluido como técnica obligatoria para la demandada por normativa alguna, y además conllevaba la elección de los embriones aptos, sin decir nada sobre el destino de aquellos que no serían implantados por resultar con anormalidades, inclinándose por proteger el derecho de estos últimos, ya que son persona desde el momento de la concepción y están imposibilitados de exigir protección de su vida y dignidad. También ponderó el factor económico, pues la técnica era sumamente costosa y más para una obra social que incluye a gran parte de la población provincial. Concluyó en que dadas las cuestiones científicas, médicas, bioéticas y económicas puestas de manifiesto con el planteo de los actores, el amparo no era el marco procesal adecuado, pues requerían extenso debate y prueba. En cuanto a la defensa de OSPLAD, rechazó la falta de legitimación sustancial pasiva porque no

revestía la calidad de demandada que la habilitara a oponer tal excepción. Apeló la parte actora.

7. A fs. 228/234 la Cuarta Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia apela-da, imponiendo las costas a la actora, con estos fundamentos:

a) en casos anteriores en los que se reclamó la cobertura de prestaciones de fertilización asistida, incluso mediante el método ICSI, reconoció en forma plena el derecho a la salud y consideró a la infertilidad como una enfermedad, declarando procedente la acción de amparo;

b) comparte la posición de la juez de grado en cuanto a que en el ocurrente se presenta una particularidad: se solicita una técnica (DGP) que introduce el tema de la determinación del comienzo de la vida humana;

c) el derecho a la vida de los embriones tiene un rango superior al derecho a la salud invocado como conculcado por los amparistas, quienes además se limitan a efectuar al respecto una manifestación genérica;

d) no existe norma alguna contractual ni legal que obligue a la demandada a cubrir integralmente la prestación de fertilización asistida por técnica ICSI con previo diagnóstico genético preimplantacional (DGP) pues con ello se afecta el derecho a la vida;

e) en el método ICSI no se seleccionan y/o descartan embriones como sostienen los apelantes, a diferencia del DGP;

f) los amparistas tampoco prueban cuál sería el destino de los embriones descartados y crioconservados, lo que habilita a suponer que serían abandonados al destino natural de toda vida que no puede valerse por sí misma;

g) la negativa de la demandada se ajusta a derecho y no vulnera los términos de la relación existente entre las partes, y por tanto no es ostensiblemente arbitraria o ilegal.

h) el caso versa sobre cuestiones fácticas complejas y jurídicas opinables que exceden el estrecho marco del amparo tornándolo una vía inadecuada para el reclamo formulado;

i) aclara que pese a todo lo expuesto, coincide con los apelantes en que la accionada no ha probado la efectiva

incidencia económica desfavorable que el costo del tratamiento le provocaría.

8. Contra dicha sentencia articulan recurso de inconstitucionalidad los amparis-tas.

II. LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE.

1. Recurso de inconstitucionalidad.

Los recurrentes afirman que la solución impugnada es arbitraria y violatoria de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos: a la salud reproductiva y a la protección integral de la familia y de los derivados de aquellos, como el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias y a no ser discriminado (este último determina que los estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos). También invoca el art. 42 CN como usuario del servicio de salud.

Fundamentan su recurso en las siguientes razones:

1) La sentencia no efectúa una correcta valoración de la prueba ni de los hechos.

Está debidamente acreditada la causa de la infertilidad de la pareja y el tratamiento necesario para revertirla, conforme surge del testimonio de la profesional de la propia obra social, quien aconseja la realización del mencionado estudio, y del informe del Dr. Croco que describe claramente en qué consiste el DGP.

Las declaraciones de la Dra. Pinto no dejan lugar a dudas respecto de la imposibilidad de la pareja de poder lograr el embarazo sin la realización del DGP a los embriones, por ende la negativa a cubrir tal tratamiento, cuyo costo hace imposible que puedan afrontarlo en forma particular, importa impedirles de por vida que puedan concretar su anhelo de ser padres y formar una familia.

2) No es claro ni fundado el motivo por el cual en este caso debe hacerse una diferencia entre el tratamiento con DGP y el tratamiento sin DGP.

Sostiene que la Cámara funda su rechazo principalmente en el hecho de que no se ha establecido con exactitud cuál es el

destino de los embriones que no se implanten. Sin embargo, ha concedido en reiteradas oportunidades la cobertura de la técnica FIV/ICSI sin cuestionar la determinación del comienzo de la vida humana y las dudas sobre el destino de los embriones, y en este caso la deniega, pese a que la única diferencia entre la técnica FIV/ICSI con la FIV/ICSI con DGP es que en esta última se estudia previamente el cariotipo de los embriones obtenidos, pues en ambos se efectúa selección de embriones. Agregan que tanto en una FIV/ICSI sin DGP como en una FIV/ICSI con DGP, se criopreservan los embriones no seleccionados después de la implantación, lo que ocurre en el día 4-5 post fecundación, de manera que no quedan abandonados al destino natural de toda vida, que no tiene asistencia ni protección.

3) No existe prueba alguna que acredite que con la decisión de hacer lugar a su pretensión se estaría afectando el derecho a la vida.

Si la Cámara hubiese merituado correctamente los hechos y prueba aportados, analizando por tanto con exactitud en qué consiste el DGP, hubiese condenado a la demandado a cubrir dicho tratamiento, permitiendo con ello la defensa de los derechos constitucionales vulnerados.

Citan el reciente fallo de la CIDH “Artavia Murillo y ots. c/ Costa Rica” de acuerdo al cual, el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, y en el cual interpreta el término “concepción” como el momento en que el óvulo fecundado anida en el útero, es decir desde el momento en que se encuentra dentro del cuerpo de la mujer.

4) Ha decidido en completo apartamiento de los principios constitucionales planteados y que rigen en materia de salud reproductiva, así como de tratados internacionales que son ley para nuestro país conforme art 75 inc. 22 C.N.

Afirman que el hecho de que no exista disposición legal que obligue expresa-mente a la obra social a cubrir la prestación solicitada no es óbice para condenarla a ello, dados los intereses vulnerados.

El elevado costo del tratamiento impide afrontarlo en

forma particular, y la Resolución 157/13 dictada por OSEP no puede interpretarse como un techo sino como un piso, debiendo ampliarse las prestaciones cuando está en juego la salud de los afiliados.

En el caso “Artavia Murillo” la CIDH identifica a las personas con infertilidad como discapacitados y por tanto como sujetos beneficiarios de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) adoptada por Naciones Unidas en 2.006 y aprobada en 2.008 por Argentina por L.26.378.

Por lo tanto la infertilidad es una incapacidad, y en el presente el tratamiento recomendado es un tratamiento de rehabilitación, y según la Ley 24.901 de discapacidad las obras sociales están obligadas a cubrir las prestaciones que posibiliten la rehabilitación del discapacitado, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester.

En el presente caso el DGP se prescribe sólo para seleccionar embriones con cariotipo normal, ya que los otros se abortan espontáneamente en forma temprana por la patología que presenta el Sr. L. Denegarlo importa resolver arbitrariamente vulnerándose los derechos constitucionales invocados.

III. LA CUESTIÓN A RESOLVER.

La cuestión a resolver es, pues, si es susceptible de la tacha de arbitrariedad la decisión judicial que deniega la vía del amparo incoada para obtener cobertura integral de la TRA de alta complejidad ICSI con DGP por considerar que: a) la prestación solicitada es excepcional, de muy alto costo, y no se encuentra cubierta por la Obra Social; y b) la cuestión planteada involucra el análisis de aspectos médicos, éticos, científicos, susceptibles de mayor análisis y prueba que excluyen la vía del amparo sólo prevista para los casos en que la ilegitimidad es manifiesta; y, además, porque se encuentra involucrado el derecho a la vida de los embriones no seleccionados que serán necesariamente descartados en el tratamiento y su destino no se encuentra acreditado con precisión.

Para una mejor comprensión y solución del tema, resulta

conveniente delimitar los hechos discutidos y no discutidos en autos:

Hechos no discutidos:

1) que la causa de infertilidad de los amparistas requiere del método ICSI con DGP para lograr un embarazo;

2) que los actores han efectuado tres ciclos fallidos de reproducción médicamente asistida mediante técnica de baja complejidad, a través del Programa de Fertilidad Asistida OSEP, coordinado por la Dra. Aída Pinto Arias y una técnica ICSI también fallida;

3) que la entidad demandada, en audiencia conciliatoria dentro del marco del proceso, ofreció cubrir los gastos del tratamiento ICSI durante tres intentos al 100% el primero, al 50% el segundo y al 25% el tercero, propuesta que rechazó la parte actora.

4) que el DGP no está incluido dentro del PMO y la Resolución 157/13 de OSEP lo excluye expresamente de las prestaciones a cargo de la obra social.

Hechos discutidos:

1) que exista urgencia acreditada en la necesidad de los actores de aplicación de las técnicas cuya cobertura solicitan;

2) que exista descarte de embriones en la ICSI al igual que en el DGP;

3) que la negativa de la demandada sea ostensiblemente arbitraria e ilegal.

A) ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES:

1) La vía elegida: el amparo. Los derechos involucrados:

Conforme jurisprudencia de nuestro Tribunal cívico, la operatividad del derecho a la salud habilita la vía sumarísima del amparo, pues el mismo involucra el derecho a la vida mismo, primer derecho humano fundamental, y respecto del cual todos los demás derechos son instrumentales. (Fallos: 316:479; 321:1684)

Esta jurisprudencia, anterior a la reforma constitucional del '94, se reafirmó y potenció con la recepción expresa del derecho a la salud - hasta entonces contenido de manera implícita por nuestra Carta Fundamental en su art. 33 dentro de

los derechos no enumerados- en varios artículos: 42, 43, 75 incs. 19, 23 y 22, siendo este último además el que lo inviste de fuerza supra nacional en virtud de la recepción y elevación de rango de los tratados internacionales. (HERNÁNDEZ, Antonio, “Reflexiones constitucionales sobre el derecho a la salud”; “El derecho a la salud” Serie II- Obras- N°31, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2007, p 41/63). Esta Corte también ha resuelto en consonancia con la misma. (LS 235-113, 380-197, 356-154, 374-051)

El planteo en el ocurrente no se refiere al derecho a la salud como derecho a la vida, sino que es más específico pues se alega conculcado el derecho a la salud repro-ductiva, y a aquellos derechos humanos fundamentales vinculados a aquél, tales como el derecho a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, a gozar de los beneficios del avance tecnológico, a la identidad a la igualdad.

2) La normativa aplicable:

En el orden constitucional, el derecho a la salud como ya expuse, se encuentra reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales incorporados al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre ellos el artículo, 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. 4 y 5 inc. 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6 inc. 1°) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C.S.J.N. Fallos 302-1284; 310-112; 323-1339). Del mismo modo ha sido reconocido en el inc. iv) del apartado e) del art. 5 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del art. 11) y 12 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; y en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Carta Social Europea de 1961, la Comisión de Derechos Humanos,

entre otros varios documentos internacionales y regionales.

Dentro del ámbito infraconstitucional, en el transcurso del presente proceso, se sancionó la Ley 26.862 (5-06-13) y se dictó su decreto reglamentario 956/13 (19-09-13), es decir, apenas unos días después de que recayera sentencia en la primera instancia (29-05-13). Su dictado fue, en gran medida, en respuesta jurídica a una realidad que reflejaba la creciente demanda de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), principalmente de alta complejidad, por parte de los beneficiarios de los diversos sectores del servicio de salud ante los distintos tribunales provinciales y nacionales.

Se trata de una ley tendiente a “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” como se expone en los considerandos de su decreto reglamentario. De la finalidad explicitada y de su articulado se desprende que su objetivo principal es la cobertura médica. (Basterra, Marcela I. “Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional”; Publicado en: LA LEY 15/08/2013 , 4 • LA LEY 2013-D , 599) que son los arriba enunciados.

Ello hace que, pese a ser una ley de avanzada, igualitaria e inclusiva, contenga omisiones frente a numerosos interrogantes de tipo ético, filosófico, moral, social, etc. que plantea la utilización de estas técnicas y son objeto de actual e intenso debate, tal como el que se suscita en los presentes. (Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”; LA LEY-2013-D-1037; Garay, Oscar Ernesto, “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”; LA LEY 2013-D-742)

Esta ley es de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. En el marco de la invitación que en su art. 10 hace a las provincias y Ciudad Autónoma de Bs. As. A sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias las normas co-rrespondientes, Mendoza se ha limitado a incluir como establecimiento habilitado en el Registro Federal de

Establecimientos de Salud (ReFES) al “Instituto de Medicina Re-productiva”. Cabe destacar que desde 1996 rige en nuestro ámbito provincial la L.6433 que crea el “Programa Provincial de Salud Reproductiva” que será ejecutado en los centros sanitarios del Gobierno de Mendoza y en la Obra Social de Empleados Públicos.

Se invocan y son aplicables las Leyes 26.378 y 24.901 relativas a los derechos de las personas discapacitadas, dado el reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad por la OMS (la infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más).

La Ley 26.378 que aprueba la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, señala como propósito el promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. La Ley 24.901 establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas discapacitadas. Igualmente son aplicables en la materia las Leyes 23.660 y 23.661 sobre el régimen de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, normas que se complementan con la Ley 26.862.

Debe tenerse presente además la Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361, de orden público –al igual que la Ley 26.862–, que otorga como derechos de los consumidores en la relación de consumo el "derecho a la salud" conforme art. 42 de la C.N., y hace responsables a los prestadores del servicio de salud por la falta o indebida prestación del mismo, toda vez que se configuren los presupuestos para la procedencia de su responsabilidad de tipo objetiva.

Por último son de aplicación las disposiciones de la Ley de Amparo (decreto ley 2589/75 y Ley 6304) (las que ayudarán a desentrañar la pretendida arbitrariedad de la negativa de la prestadora). Asimismo, la demandada invoca la Resolución interna N° 157/13 de OSPEP de acuerdo a la cual no estaría

obligada a hacerse cargo de la obligación reclamada.

3) Los tratamientos cuya cobertura se requiere:

La fertilización in vitro es una técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación que se provoca fuera del útero materno con el fin de obtener embriones que puedan transferirse a éste. La técnica ICSI o inyección intracitoplasmática de espermatozoides, es una técnica de reproducción asistida específica en la cual se realiza la fecundación de los ovocitos por inyección de un espermatozoide en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos. Con esta técnica se prescinde de la reacción acrosómica (unión del espermatozoide con la zona pelúcida, penetración de la zona, unión y fusión del espermatozoide con el oolema).

El DGP es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro, y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones 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.

4) Jurisprudencia local, nacional e internacional:

La solicitud de cobertura prestacional de tratamientos de fertilidad hacia las obras sociales y empresas de medicina prepaga se ha planteado ante nuestros estrados provinciales en numerosas oportunidades, del mismo modo que en otras provincias de nuestro país.

Existen incluso antecedentes jurisprudenciales de amparos donde al igual que en este caso, se ha solicitado la cobertura de la técnica DGP (Juzgado en lo Contenciosos Administrativo N°1 de La Plata, 19-8-2010 “C.A.N. y ot. C. I.O.M.A. s/ amparo; C. Cont. Adm. San Nicolás BVs. A., 13/9/11, “M.G.G. v. Ministerio de Salud IOMA s/ amparo”;

Cam. Fed. Ap. De Mar del Plata 29-12-08 “L.,H. A. y otra c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otra”; siendo de muy reciente dictado la sentencia de la CNCiv. y Com. Fed. Sala I “ Expte: 12/07/2013 - M. M. O. y otro c/ Obra Social OSPIMOL y otros s/ amparo”, del 06-12-2013).

Esta Corte tuvo oportunidad de expedirse acerca de la petición de cobertura integral de la prestación FIV mediante técnica ICSI en los autos: 89891 - RODRIGUEZ MARCOS MIRTA Y OT. EN J° 180.399/30242 “RODRIGUEZ MARCO MIRTA Y OTS. C/ OSEP P/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INC. CAS”; del 28/08/2007(LS380-197). En aquella causa, los amparistas habían ya practicado un tratamiento que afrontaron en forma particular. Alegaron que la fuente obligacional de otorgar la cobertura solicitada era el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por Ley 23313 y el derecho constitucional a la procreación que surge del art. 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, ratificado por Ley 23179, de jerarquía superior a las leyes internas. En el orden provincial, la Ley 6433/96 de salud reproductiva. Al respecto, esta sala resolvió que “Si Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza aprobó los módulos para la implementación del programa de fertilización asistida, con efectores propios que atienden la infertilidad mediante terapias de baja y media complejidad y autorizó la financiación opcional, estableciendo que no se subsidiarían ni reintegrarán los tratamientos realizados fuera de esos efectores propios, no incumple con el Convenio Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, cuando lo que se pretende es el reintegro de una prestación no contemplada como es el método de fertilización ICSI, de alta complejidad.”

En el caso no estaba en discusión el avanzar o no en la técnica de fertilización ni en sus aspectos técnicos sino que se limitó a establecer si era o no razonable la negativa de la obra social al pago del tratamiento ya realizado.

En estos autos se ha introducido, por parte de la señora

Juez de Primera Instancia, el tema del derecho a la protección de la vida del embrión humano que necesariamente debe ser descartado en el procedimiento DGP cuya aplicación se pretende, atento a su finalidad de servir de material sujeto a selección de calidad a los fines de la implantación de aquél más apto a la finalidad perseguida por los progenitores.

En el plano internacional, el renombrado caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” de fecha reciente de la CIDH (28-11-12) se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de dicho país. Este fallo tiene numerosas aristas porque la Corte se pronuncia en concreto sobre algunos temas bioéticos, como por ejemplo el status jurídico del embrión no implantado.

5) La doctrina de la arbitrariedad:

En autos se sostiene la arbitrariedad de la sentencia de cámara.

Es sabido que para esta Corte “La tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial, consistente en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación. El sentido de tal exigencia deviene de la naturaleza excepcional de este remedio extraordinario, que delimita la competencia del Tribunal, de modo que la vía que autoriza el art. 150 del CPC, no constituya una segunda instancia de revisión contra pronunciamientos considerados erróneos por el recurrente” (LS101-447, 459-119 entre otros).

Esto implica que no puede tacharse de arbitraria una resolución simplemente porque resulta contraria a las pretensiones del recurrente, so pretexto de absurda o ilógica valoración de los hechos y/o de la prueba. Cuando la sentencia se encuentra debidamente fundada y la valoración de los elementos de juicio se ha realizado conforme las reglas de la

sana crítica racional, aun cuando no se pronuncie expresamente respecto de algún hecho o material probatorio, no puede hablarse de arbitrariedad. Tanto es así, que el juez no está obligado a fundar su decisión en todos y cada uno de los medios de prueba rendidos, sino sólo en aquellos que considera relevantes e idóneos, pudiendo incluso hasta apartarse de las conclusiones de los expertos en tanto y en cuanto dé las razones de su proceder (LS 418-235; 423-184).

Como ya ha dicho esta Corte, “La simple discrepancia valorativa no alcanza para sustentar un recurso extraordinario de inconstitucionalidad. El juez es soberano para decidir y definir cuales elementos de juicio apoyan la decisión, no está obligado a considerar todos los rendidos, sino sólo los elementales para fundar apropiadamente la decisión, según el principio de la sana crítica racional y el juego de las libres convicciones.(LS457-009).

De no entenderse así a la facultad decisoria de los jueces, el recurso de inconstitucionalidad fundado en esta causal (arbitrariedad) tornaría al mismo, en una tercera instancia, socavando el principio de seguridad jurídica que paradójicamente puede alegarse como vulnerado al recurrirse, y como inveteradamente ha reiterado esta Corte, el recurso extraordinario es, como su nombre lo indica, un remedio excepcional que se habilita en circunstancias restrictivas y especialísimas.

B) LA APLICACIÓN DE ESTAS CUESTIONES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO:

Como señala la resolución cuestionada, el amparo que motiva este recurso tiene una particularidad que lo diferencia del universo general de amparos por cobertura integral de TRHA; pues los actores solicitan no sólo la cobertura integral de la técnica ICSI, a lo que no se opone la demandada, sino también la del DGP en razón del diagnóstico efectuado a la pareja, consistente en infertilidad primaria en función de un factor masculino (astenospermia moderada) y un factor cervical test postcoital negativo. Los estudios realizados indicaron además que el Sr. L. tenía un riesgo de 80% de producir

espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto intercromosómico, por presentar cariotipo masculino 46 xy con translocación Robertsoniana entre cromosomas 6-15, razón por la cual es preciso el DGP para seleccionar embriones sin cromosomopatías y por ende viables para lograr un embarazo exitoso.

La demandada en un principio se negó a cubrir las prestaciones solicitadas por cuanto no existía obligación legal alguna que la constriñese a ello. En aquel momento no regía la Ley 26.862.

Los accionantes, por su parte, sostuvieron la procedencia del reclamo entre otros fundamentos, en la jurisprudencia provincial y nacional que sostiene que la interpretación del programa médico obligatorio (PMO) debe hacerse con flexibilidad.

Conforme la jurisprudencia de la CSJN el PMO no debe considerarse como un techo sino como un piso que contiene una enumeración no taxativa de prestaciones mínimas que resulta indispensable cubrir, ya que “la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria” (Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional, CSJN, Fallos 323:1339). Así lo ha resuelto también esta Corte (LS 235-113, 380-197, 356-154, 374-051).

En materia de fertilización asistida, aún cuando se trata de casos en que no está en juego la vida del reclamante, se ha seguido el mismo criterio, principalmente respecto de la técnica de alta complejidad ICSI.(para ello ver la reseña efectuada por Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia; Bladilo, Agustina; “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”; Publicado: SJA 2013/05/01-13 ; JA 2013-II).

Ello sin duda obedece a la expansión de los llamados derechos de tercera generación, entre los que se encuentra el derecho a la salud reproductiva.

La salud reproductiva es un estado general de bienestar

físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos y de procrear, con la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Pese a que la referida jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto a la procedencia de estos reclamos, la situación quedó definitivamente zanjada con el dictado de la Ley 26.862 y su reglamentación.

Sin embargo en el ocurrente no es la técnica ICSI la única solicitada, sino que además se reclama la cobertura del llamado DGP.

Al respecto dice el Decreto reglamentario 956/13:

“ARTICULO 2°.- Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante.

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos

reproductivos.

La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud, conforme las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud.

ARTICULO 3°.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la Ley N° 26.862 y de la presente Reglamentación es el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud, en lo que resulte materia de su competencia.

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

Se advierte del articulado de la Ley 26.862 y de su decreto reglamentario que no está incluido el diagnóstico genético preimplantacional como prestación integrante del PMO y que deba ser cubierto en consecuencia por los efectores del sistema de salud. A la fecha la Autoridad de Aplicación tampoco ha resuelto su inclusión. La misma lectura hace hasta la doctrina más favorable y aperturista a la recepción legal de este tipo de técnicas (Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora; “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, Publicado en LA LEY 31/07/2013 – LA LEY 2013-D-1037; Cita Online: AR/DOC/2899/2013)

A esto debe agregarse que la Resolución interna de OSEP vigente desde mayo del año pasado N°157/13 expresamente excluye de las prestaciones relativas a la

fecundación asistida al DGP en su Anexo I-F).

Además, la interpretación del PMO en cuanto a que no debe entenderse como un conjunto rígido y taxativo de prestaciones que no puede ser ampliado o extendido a supuestos no contemplados en él, tampoco puede llevarse al extremo de considerar que por la flexibilidad de su interpretación deban satisfacerse todas y cada una de las prestaciones que solicitaran los beneficiarios del sistema de salud, sin limitación alguna.

Considerar que no es manifiestamente arbitraria ni ilegítima en los términos de nuestra la ley de amparo la negativa de Osep a otorgar la cobertura de este procedimiento por ausencia de legislación que contemple expresamente esta práctica como de cobertura obligatoria, tal como lo hizo la Cámara, no aparece como irrazonable o absurdo, máxime cuando para decidir así se fundó en la reciente ley que tampoco la prevé; y resulta de las pruebas rendidas que no peligran la vida o la integridad física de los Sres. L. o V.

Aún en ese supuesto, la CSJN ha denegado en casos en que la prestación solicitada era de carácter experimental. “Corresponde desestimar la queja intentada contra la denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó el reclamo de la cobertura del tratamiento con vacuna T linfocitaria por parte de la obra social si dicho tratamiento se encuentra, en la actualidad y respecto de la enfermedad de la recurrente, en etapa de experimentación, por lo que no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado”. (- La Dra. Argibay consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN) cuya denegación originó la queja-. Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda. Voto: Argibay. Disidencia: Abstención: Fayt, Zaffaroni. B. 537. XLIV; REX)

Más allá de que el DGP pueda o no ser considerado todavía un método experimental, lo cierto es que afecta tantos aspectos éticos, biológicos, morales y sociales, que su

legislación impone la necesidad de un previo debate social y parlamentario. Al respecto las Dras. Herrera y Lam (op. Cit.), sostienen que aún en caso de admitirse el DGP, restaría resolver una serie de cuestionamientos, tales como ¿para qué casos; ante qué tipo de enfermedades? ¿Sólo para evitar la transmisión de enfermedades o también para procurar el nacimiento de un hermano compatible con el hermano enfermo? ¿Importa esta técnica una “cosificación” de la persona que nacerá para “salvar” a su hermano? ¿Qué hacer con los embriones desechados?

La discusión interdisciplinaria que requiere su recepción normativa, muestra en este estado de evolución social, normativa y jurisprudencial nacional razonable la decisión del tribunal de alzada.

Los recurrentes aducen la arbitrariedad del pronunciamiento ya que el mismo tribunal reconoce fallar en contrario a otros precedentes propios similares al presente, más el vicio no se advierte, ya que la Cámara aclara que dadas las particularidades de las prestaciones reclamadas, donde una de las prácticas importa la manipulación embrionaria, es en pos de la protección del derecho a la vida de los embriones, por lo que confirma la decisión de la juez de primera instancia. No hay contradicción en la fundamentación del fallo.

Del mismo modo se pronunció hace menos de un año la CNCiv. y Com. Fed. Sala I en un caso similar al presente, pero en el que se solicitaba el llamado DGP “ex-tensivo”. (Expte: 12/07/2013 - M. M. O. y otro c/ Obra Social OSPIMOL y otros s/ amparo, 06-12-2013). La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que negaba la solicitud de cobertura del DGP solicitada por una pareja para intentar vencer las consecuencias graves y mortales de la patología que aqueja a su descendencia, ya que su primera hija había fallecido a los ocho años como consecuencia de la fibrosis quística de páncreas que padecía, fundándose en sus precedentes. En su decisorio destaca la valoración que debe hacerse de la falta de previsión legal, y la trascendencia de las cuestiones bioéticas, relacionadas con las implicancias de la selección de embriones, concluyendo que ...

En tales condiciones, hasta tanto dicha materia sea objeto de la correspondiente regulación normativa, se debe mantener el criterio adverso que venía sosteniendo el Tribunal en relación a pretensiones como las de autos y, por ende, corresponde confirmar la resolución apelada.-

Por otra parte, la sentencia de la CIDH en el caso “Artavia Murillo c. Costa Rica” condena por responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica por haber dictado un decreto que prohibía la práctica de la FIV en el país, porque ello implicaba una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación. Como consecuencia de lo resuelto, dispuso que el Estado de Costa Rica deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación e informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

En cambio en este caso, la cuestión a resolver es si corresponde a la obra social demandada brindar cobertura integral de la prestación consistente en diagnóstico genético preimplantatorio que se solicita como complementaria de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

En nuestro país la previsión legal que se le reprocha al Estado de Costa Rica sí existe. La Ley 26.862 garantiza el acceso a la FIV entre las técnicas de reproducción médicamente asistida con los alcances y en las condiciones que la normativa establece y, como ya expuse, dentro de sus parámetros el GPD no está contemplado.

Más allá de que su inclusión puede producirse pronto, pues el proyecto de unificación de código civil y comercial tiene media sanción, y se considera comprendido en el art. 57 (art. 57: Prácticas prohibidas: Están prohibidas las prácticas destinadas a

alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas), -normativa inserta dentro de un articulado que contempla ampliamente la incidencia que en distintos ámbitos del derecho tiene la aplicación de las técnicas de fecundación asistida-, lo cierto es que al momento de decidir en estos autos, tales disposiciones no son ley vigente y no puede fundarme en ellas.

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de sala, considero, que la sentencia recurrida no adolece ni de arbitrariedad ni ilegalidad manifiestas de igual manera que el Sr. Procurador. Consecuentemente, corresponde el rechazo del recurso en trato, como ya se hizo en el precedente “Rodríguez” a cuyos fundamentos también cabe remitirse.

Así voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EN VOTO AMPLIATORIO, EL DR. ALE-JANDRO PÉREZ HUALDE DIJO:

Adhiero al voto de mi colega preopinante por el que propone el rechazo del recurso intentado, pero creo necesario que, atento a la responsabilidad que le cabe a este Tribunal, no es conveniente dejar sin respuesta adecuada a los puntos de mayor gravitación que se han planteado en estos actuados. Es mi opinión que esta Suprema Corte debe exponer su posición acerca de los graves puntos discutidos, que comprenden aspectos que se relacionan con el comienzo de la vida humana y de su dignidad, por ello entiendo que deben agregarse las siguientes consideraciones.

1. El punto de apoyo de las decisiones de Primera y Segunda Instancias.

Los amparistas aducen la arbitrariedad del pronunciamiento porque sostienen que las técnicas ICSI y DGP no revisten diferencias en cuanto a la manipulación embrionaria que justifiquen la negativa de la obra social ni el rechazo de la pretensión por el juzgador, en contradicción con la resolución favorable que el propio tribunal de alzada reconoce haber hecho con relación a otros reclamos de cobertura sólo de la técnica ICSI, y a lo resuelto por las otras cámaras provinciales.

En la relación de la causa del voto preopinante se ha detallado en qué consiste cada una de estos procedimientos médicos, los que -por otra parte- han sido suficiente-mente precisados por las pericias y testimonios y analizados en el fallo de primera instancia.

Conforme su conceptualización, y de acuerdo a las declaraciones de la testigo Dra. Pinto, quien es Coordinadora del Programa de Fertilización Asistida de OSEP y diagnosticó a los amparistas, el estudio preimplantatorio de embriones requiere de al menos quince embriones para su estudio y selección. Sin embargo la testigo no fue interrogada en cuanto a si la aludida manipulación embrionaria se daría o no en el método ICSI. Éste, en principio no requiere de la preparación de más ovocitos que los que se desea implantar por lo que no implica necesariamente la realización de experimento alguno ni el descarte de embriones vivos. El método ICSI puede llegar a ser llevado a cabo sin diferencias con el DGP pero ello no es obligada y necesariamente así.

Por el contrario, la pretendida técnica del DGP importa indefectiblemente asumir la realización de biopsias sobre los embriones, su selección y el descarte de más de doce o trece embriones, al menos, porque son sobrantes, y no establece el destino final con precisión y seguridad científica respecto de ninguno de ellos, sea que resultaren aptos o no.

Aun cuando la Dra. Pinto manifestó que el destino de los embriones no utiliza-dos es su crioconservación; cuando los amparistas nada habían dicho al respecto, ni al momento de entablar la demanda ni en la apelación, en esta instancia sí aclararon que los no aptos dejarían espontáneamente de duplicarse en laboratorio precisamente porque son inviábiles, mientras que los aptos –sólo ellos- serían crioconservados para una posible –no segura- ulterior utilización por ellos mismos con fines reproductivos; no determina cuántos de ellos.

Entiendo que la introducción de la cuestión por la Juez de Primera Instancia respecto de la protección preventiva de los embriones, hace necesario un análisis específico de la cuestión introducida y que no fue planteada ni en la acción ni en su

contestación.

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 irreplicable, 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.

Y esta determinación nos obliga a definir desde cuándo esa protección recae sobre una persona, a todos los efectos jurídicos, o no; puesto que la precisión desde cuándo se lo considera persona y sujeto de derecho, es algo que está en manos del legislador tanto que según los distintos sistemas jurídicos podemos comprobar cómo en algunos esto ocurre recién cuando el niño está físicamente separado de su madre después de nacer o, como en el nuestro, desde su “concepción en el seno materno”. La protección de la vida y de su dignidad se impone según nuestro ordenamiento constitucional desde el comienzo de su existencia, más allá de cuándo se la considere sujeto de derechos y con posibilidad de defenderlos en juicio por sí o a través de terceros.

Esta distinción clara de situaciones está contemplada en el Anteproyecto de Código Civil cuya aprobación está en trámite en su art. 19 donde establece que la existencia de la persona humana comienza “con la concepción en el seno materno” –tal como es en el texto vigente- y aclara que “En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con

la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Es decir, que el embrión, en tanto y en cuanto vida humana, es sujeto de protección.

En otras palabras, no hace falta reconocer la personalidad a los efectos jurídicos para establecer la protección de la vida humana y su dignidad. En el primer caso se haría necesaria la designación de protección legal, de abogado que defienda sus derechos, en el segundo no lo es.

2. Posición de nuestro país en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los fallos de Primera y Segunda Instancias son –como veremos- coherentes con la posición jurídica de nuestro país puesto que considera presente al niño y a sus derechos desde su concepción, cuando aprobó la “Convención sobre los Derechos del Niño”, por Ley 23849 (Sanción: 27/09/1990; Promulgación: 16/10/1990; Publicación B.O.: 22/10/1990), en su art. 2 estableció algunas reservas expresas.

Coinciden también con la posición asumida por el “Despacho de mayoría” en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (realizadas en la Universidad de Buenos Aires, en los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013) que sostuvo que “comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno”... y que por ello “en el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación” (Comisión 1, Parte General, tema: “Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto”).

Esas reservas son de profundo criterio humanitario, pues no sólo “declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia”; sino que también, en referencia al concepto de niño al que se alude en el art. 1º de la Convención, expresó con claridad

que la República Argentina entiende que “Con relación al artículo 1º ... declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Dos aspectos deben ser tenidos en cuenta en este compromiso internacional: a) la reserva expresada no distingue si esa concepción se produce antes o después de su implantación en el seno materno; b) en octubre de 1990, fecha de su promulgación, ya existían técnicas de fecundación in vitro desde la primera producida en Inglaterra en 1978.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene rango constitucional de acuerdo al texto muy claro y preciso del art. 75 inc 22 CN; y lo tiene –de acuerdo al mismo artículo- “en las condiciones de su vigencia”.

Pues, entonces, son ésas las condiciones de su vigencia, las que surgen de su aprobación con las reservas, que tienen, en este caso, carácter aclaratorio –pues no modifica el artículo propio de la Convención-, y es coherente con la otra afirmación esencial del mismo inciso 22 del art. 75 CN en cuanto a que esos tratados incorporados en su mismo rango, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Lo que está fuera de toda duda, es que en presencia de esta norma, más allá de las precisiones jurídicas, la dignidad de trato que impone toda vida humana ha comenzado desde su concepción y es, por ello, incompatible con, y –por lo tanto- impide, su sujeción y sometimiento a experimentos; con mucha mayor razón si entre los tratamientos que esa experiencia implica se incluye la posibilidad cierta e indefectible de su eliminación conforme a criterios científicos hoy provisorios y en constante evolución.

Conforme a ello no existe avance científico ni derecho humano, por muy legítimo que fuera, que para su realización implique necesariamente la experimentación sobre seres humanos mediante procedimientos que se hagan cargo de la posibilidad cierta e inevitable de ese uso instrumental y,

eventualmente, de su eliminación por descarte voluntario del investigador. Especial reparo encuentro en su sometimiento a prácticas que impliquen sujetar su existencia a la viabilidad de éxito de otros embriones respecto de los cuáles se subsume, condiciona y somete su posible existencia como persona individual y digna.

Por aplicación del mismo criterio, tampoco existe la posibilidad de consentimiento alguno que la haga viable; de hecho, en la experimentación de remedios en estudio en la investigación farmacéutica, existen etapas en las que no es posible la experimentación sobre humanos ni siquiera con su propio consentimiento informado.

Coincide con esta afirmación el “Despacho por unanimidad” de la Comisión 11 de las mencionadas XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA 2013) donde se precisa que “En consonancia con las normas y doctrina nacional e internacional, en materia de investigaciones biotecnológicas, el derecho privado argentino debe continuar asumiendo como criterio rector, la protección de la dignidad del ser humano, en su aspecto ontológico. La salud es un derecho humano fundamental, que debe tener especialmente en cuenta la dignidad de la persona humana, en todas las etapas de su vida. 2. Debe considerarse la sanción de una norma a nivel nacional, que contemple los presupuestos y principios mínimos exigibles para la realización de experimentación con seres humanos, en todas sus etapas, incluso después de finalizada la misma, asegurando el respeto de los principios bioéticos y garantizándose el acceso a los tratamientos que resultaron beneficiosos a ese sujeto de investigación o la comunidad en su caso, con la cobertura del subsistemas de salud que corresponda para cada supuesto.3. Promover la sanción de normas a nivel provincial y jurisdiccional, que regulen la investigación en seres humanos en forma integral, armonizándola con el resto del sistema. 4. Teniendo en cuenta que algunos países de la comunidad internacional autorizan el diagnóstico plenimplantatorio y otros lo prohíben, se sugiere el estudio del tema, a fin de respetar la dignidad humana”.

Esa legislación mencionada en el punto 4 del Despacho Unánime no se ha dictado; por lo cual corresponde a estos tribunales, asegurar la efectiva realización del valor allí reconocido en forma expresa y que tiene raíz constitucional (art. 75 inc. 23 CN) y legal en nuestro ordenamiento.

3. El derecho de los amparistas.

No tengo duda alguna de la legitimidad del derecho, digno de protección, de los amparistas a lo que la legislación ha denominado “salud reproductiva” y de que éste se encuentra protegido por nuestro sistema constitucional, desde antes de su reforma en 1994 –pues no cabría colocarlos fuera de los “principios” mencionados en el art. 28 CN- y con mayor razón después con la adopción de los tratados, convenciones y declaraciones expresamente enumerados en el art. 75 inc. 22 CN y los que hayan seguido luego el preciso procedimiento allí previsto.

Pero este legítimo derecho no es absoluto, como no lo es ninguno de los reconocidos por la Constitución Nacional, y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana y del impedimento coherente de que ella sea sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección y –en cualquier caso- de sacrificio e instrumentación útil en aras de otras vidas o del ejercicio de otros derechos aun cuando éstos fueran los de sus progenitores.

Es en consideración a ese derecho que esta Suprema Corte ha avalado los reclamos contra obras sociales que perseguían el tratamiento denominado ICSI y que se encuentra incluido en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha reseñado en el voto preopinante.

4. El debate jurídico y el fallo del Tribunal Internacional de Derecho Humanos.

No ignoro, sino que no comparto, la aplicación que se pretende a este caso de la jurisprudencia emanada del reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, invocado por los recurrentes. Pues en la misma, esa Corte expresa su postura frente al

embrión no implantado.

La CIDH refresca en su fallo su propia doctrina sobre el derecho a la vida; lo hace con precisión: “Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos (Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186). En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción (Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145). Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna” (párrafo 172).

Efectúa luego un prolijo análisis de las distintas posiciones doctrinarias y científicas acerca del tema; expone los distintos criterios y tiene especialmente en cuenta, a los efectos

de fijar su posición, el hecho de que en el año 1948, cuando se precisaron los alcances de los derechos humanos de esta naturaleza, no existía posibilidad de otra concepción que aquella dentro del seno materno; por lo cual no era posible tomar posición acerca de cuándo se estima el comienzo de la persona que es la protegida por el art. 4 de la Convención en que tiene sustento su jurisdicción. Reconoce la CIDH “que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida” (párrafo 185).

Para tomar su decisión acerca del comienzo de la vida humana, el Tribunal distingue, entonces, dos momentos, el de “fecundación” y el de “implantación” (párrafo 186); recuerda que “el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención (de protección de toda persona) es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (párrafo 258) y por lo tanto concluye en que “el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos” (párrafo 263).

Por ello, arriba a la conclusión de que hay “concepción” recién desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el seno materno y que antes de este momento no es persona y –por lo tanto- no procede aplicar la protección a la vida contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos; consecuentemente, los embriones descartados, no seleccionados, no merecen la tutela jurídica que los jueces de Costa Rica han realizado. Esta definición es compartida por cinco de los seis integrantes del Tribunal (una disidencia) pero dos de los votos aclaran que sólo alcanzan a este caso en concreto; por lo que sólo la mitad –no la mayoría- proyecta una

decisión con alcances mayores.

El fallo contradice precisamente la mencionada reserva aclaratoria efectuada por nuestro país a la Convención del Niño.

La sentencia ha sido severamente cuestionada por alguna doctrina de la propia Costa Rica (ver al respecto por ejemplo: Wendy Blanco Donaire, ¿Aprueba la fecundación in vitro el test de razonabilidad jurídica?, en Revista de Ciencias Jurídicas n° 133, enero-abril 2014, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José de Costa Rica, 2014, p. 31 y sgs.); y también entre nosotros por Eugenio Palazzo quien, por su parte, además de su profunda crítica a la solución alcanzada, señala que “la inexistencia de mayoría en muchas de las afirmaciones del primer voto, que no fueron acompañadas en este voto concurrente, lleva a que no se pueda considerar que existe un pronunciamiento de la Corte sobre aquellos aspectos que no tuvieron cuatro pareceres contestes” (el Tribunal fue integrado por seis), aunque no duda del resolutivo concluye en que la fuerza de convicción es menor y en que “la negación de vida en el embrión sostenida en cinco votos en el caso Artavia Murillo, no configura un criterio a seguir en otros casos, pues dos de esos votos restringen lo afirmado solo para el caso concreto” (Eugenio Palazzo, La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro), en UCU, Universidad de Concepción del Uruguay, Biblioteca Central “María Rosa Gonella”, Facultad de Ciencias Jurídicas, año 7, n° 1574, 7 de agosto de 2013, en www.ucu.edu.ar).

5. El alcance del fallo de la CIDH.

Es importante señalar el preciso alcance que puede tener el contenido del fallo respecto de su aplicación en nuestra jurisprudencia; puesto que en numerosas ocasiones hemos invocado en apoyo de nuestras decisiones las orientaciones y las respuestas que ese prestigioso Alto Tribunal interamericano ha dado a temas controvertidos y que hemos compartido. Tal el caso de la sentencia en el caso “Ximenes Lopes v. Brazil” en materia de responsabilidad por servicios de la salud pública.

Coincido con nuestra Corte Suprema en el sentido de

que la doctrina de la CIDH es orientadora necesaria en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención (casos “Massa” y “Halabi”); y que sólo cabe apartarse en circunstancias extremas. Pero entiendo que la jurisprudencia del Tribunal Internacional no puede ir más allá que la Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

La plena validez y aplicación de las reservas formuladas por la República Argentina al momento de la aprobación de la Convención que se incorpora a nuestro derecho, fue tenida expresamente en vista por los constituyentes que escribieron la frase que reza: “en las condiciones de su vigencia” en el art. 75 inc. 22 CN. Así lo reconoce uno de los integrantes de la Comisión de Redacción de la Constitución de 1994, el constitucionalista, hoy Presidente de la Asociación Argentina de derecho Constitucional, Horacio Rosatti.

El testimonio del convencional constituyente es una de las posibles fuentes de interpretación, no la única, pero cabe considerar que la misma Corte Suprema de la Nación la ha tenido especialmente en cuenta, tal como se observa en el reciente caso “Rizzo”, sobre independencia del Poder Judicial, donde se detallan y transcriben extensamente las afirmaciones del convencional, hoy juez integrante de ese máximo Tribunal, el Dr. Eugenio Zaffaroni.

Horacio Rosatti (El llamado control de ‘convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina, publicado en Suplemento de Derecho Constitucional, febrero 2012, en LA LEY, t. 2012-D, p. 911), ha señalado el alcance de la obligatoriedad que objetivamente poseen los tratados y convenciones incorporados en nuestra Constitución. Su posicionamiento es más preciso y estricto que otras diversas también favorables al control de convencionalidad, sobre todo, en casos como éste en que el mensaje que surge del fallo mencionado podría ser contradictorio con la Constitución Nacional y con el texto expreso de la ley argentina que ha precisado cuáles son las

condiciones de vigencia de las convenciones que se invocan.

Por ello coincido con el constitucionalista en que “así como no desliga a los tratados (a probados y ratificados por nuestro país) de la Constitución, la introducción del art. 75 inc. 22) tampoco autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad. Dicho de otro modo: la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad”.

No existe argumento jurídico que permita sostener que la incorporación de los tratados y convenciones, que celebramos, deba ser considerada como una prórroga implícita de poder constituyente en favor la Corte Internacional de Justicia de San José.

Sí, estoy seguro de que la incorporación de los tratados y convenciones se traduce “en una serie de limitaciones a la soberanía” como muy bien lo ha aceptado la Corte Suprema; y también, estoy igualmente seguro, de que sus fallos deben ser especialmente considerados y seguidos en la mayor medida posible como lo ha recomendado expresamente, pero este acatamiento tiene un límite preciso que se da cuando su resultado contradice los principios reconocidos por el art. 28 CN, que no podía ser alterado conforme al texto expreso de la norma de incorporación de esos tratados en nuestra Constitución (art. 75 inc. 22 CN).

El mencionado fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, como bien lo pone de manifiesto el voto del Dr. Nanclares, trata sobre otra situación jurídica que nada tiene que ver con la ventilada en autos, pues el tema a decidir en aquél era sobre la prohibición absoluta del método ICSI. No tenía por objeto el tema que, “obiter dictum”, introduce el Tribunal Internacional acerca de cuándo comienza la existencia de la “persona”. No considero que este sea el punto a decidir, pues son muchas las soluciones jurídicas acerca de esa determinación y no parece decisiva para precisar desde cuándo se debe proteger la vida

humana y su dignidad.

En otras palabras, una interpretación favorable a que este Tribunal posibilite la financiación por la obra social oficial de nuestra provincia de la experimentación y seguro descarte de embriones, que desconoce la obligación que nos compromete a su preventiva protección como vida humana, no condice y es contrario al texto y a los principios de la Constitución Nacional y violentan el propio art. 75 inc. 22 CN que fue su vehículo formal de introducción en nuestro sistema jurídico.

Incorporar la doctrina del fallo “Artavía Murillo”, producido en un proceso del que nuestro país es totalmente ajeno y que por ello no lo obliga, implicaría aceptar más que ello; provocaría cambios en la Constitución Nacional con base en opiniones de un Tribunal internacional que se desempeña en el marco de una Convención cuya finalidad es complementar sin modificar nuestro plexo de valores constitucionales.

Es más, implicaría también atribuir al fallo más alcance que la que han previsto los propios integrantes de la CIDH en el caso, pues sólo la mitad de sus integrantes votan sin la aclaración de que su alcance se limita exclusivamente ese caso concreto, como bien lo ha observado Palazzo.

Antes de la reforma constitucional ya nuestra jurisprudencia había abierto sus puertas a la Convención Americana en el recordado caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, pero lo hizo en forma ampliatoria de los derechos contenidos en la Carta Magna y no en contra de sus normas y principios. Aun aceptando el ajustado voto de la Corte Suprema en “Carranza Latrubesse” (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV), allí se destaca cómo “los tratados de derechos humanos, con arreglo al considerando precedente, constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados... en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, no hay limitaciones ‘implícitas’ al ejercicio de los derechos, al paso que las expresas han de ser ‘restrictivamente interpretadas’”. La aplicación que se ha hecho siempre lo ha sido ampliando el espacio de defensa de los derechos y valores involucrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En esa misma línea, el texto de nuestra adhesión a la Convención de los Derechos del Niño contiene una reserva que es clara y explícita, no caben dudas. Es más, fue formulada más de cuarenta años después de la Convención Universal de los Derechos Humanos (1948) por lo que no cabe el argumento de la CIDH en el caso “Artavia Murillo” en el sentido de que no se conocían los avances científicos sobre fecundación de la vida humana.

Siguiendo al dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Acosta”, 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” (El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso “Acosta”), La Ley t. 2012-D). 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 –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.

El fallo “Artavia Murillo” colisiona contra principios de la propia Convención en la medida en que, avanzando más allá de las cuestiones planteadas –respecto de la posibilidad de autorizar el método ICSI- formula principios y opiniones con pretensiones normativas en las que descarta la protección preventiva de vida humana y de su dignidad en un estado

determinado de su evolución natural cuando su existencia ya ha comenzado indudablemente, con el argumento de su implantación o no en el útero materno. Implica aceptar que sea cual fuera el tiempo que la ciencia permita desarrollar y sostener el embrión en su desarrollo de vida humana –por cierto-, solo podría ser protegido recién al momento de su implantación –y siempre que ella se produjera- careciendo de protección frente a cualquier experimentación o ensayo aun incluyendo el riesgo de su voluntario descarte conforme a criterios ni siquiera necesariamente científicos; puesto que podrían ser también utilitarios, raciales, de estatura o de color de cabello.

Lo dicho no implica desconocer o negar los derechos que asisten a los amparistas, tampoco discriminarlos en su condición de personas en situación de discapacidad –tanto en los términos de nuestras leyes nacionales como de la misma CIDH-, tan solo significa efectuar una tarea de ponderación de los derechos en juego, en la que se hace prevalecer un bien especialmente tutelado por todo el sistema jurídico: la vida humana y su dignidad, que se constituyen en límite razonable al derecho de los eventuales progenitores (art. 28 CN).

Esta apreciación la efectúo además, en el entendimiento de que también hago el “control de convencionalidad” en tanto y en cuanto adecuado control de compatibilidad entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares (por un lado) con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro). Lo he efectuado y mi conclusión no admite la afirmación que, “obiter dictum”, respecto del comienzo de la vida humana, ha realizado la CIDH, en un fallo donde el tema era la prohibición de otro procedimiento que no implicaba necesariamente la experimentación y el descarte de embriones, sin la mayoría necesaria a este respecto, y que cuenta en nuestro país con legislación específica.

Y el análisis que he practicado en este voto tiene lugar justamente por el alto reconocimiento que me merece la CIDH

en el campo de los derechos humanos; no podía tomar un rumbo distinto al de su opinión sin explicar debidamente las razones. Sobre todo porque más allá de sus conceptos –pretendidamente científicos- sobre el comienzo de la existencia de la persona y, con ello, el de su protección a la luz del art. 4 de la Convención, ellos no implican como consecuencia necesaria la desprotección de esa vida humana y de su dignidad desde el momento mismo de la concepción dentro o fuera del seno materno.

6. Principio de precaución.

Estimo necesario este voto ampliatorio porque también debemos considerar que tanto el fallo de Primera Instancia como el del tribunal de alzada han razonado con la cautela que la cuestión requiere en el marco del proceso en que se ventila, y que considero necesario sostener también haciendo aplicación subsidiaria del principio precautorio que hemos validado para la protección de otros apreciados valores, como es el la diversidad biológica, de las aves migratorias, del ambiente sano, etc., ello por cuanto el DGP es un procedimiento puesto en práctica en un campo de la ciencia médica que se encuentra en constante evolución y que con cada nuevo descubrimiento suscita profundos debates y replanteos.

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

La respuesta que propongo no implica una toma de posición contraria al progreso, sino –en el mejor de los casos- favorable a la protección de la vida humana en estado embrionario –como lo haría en cualquier otro estado- ante

situaciones novedosas no suficientemente contempladas por un derecho que nació y creció al influjo de otra realidad fáctica (Salvador Bergel, Introducción al principio precautorio en la responsabilidad civil, en “Derecho Privado, libro homenaje al Dr. Alberto Bueres”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, p.1009/1021).

Propongo 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 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 sociedad.

Y también porque es necesario considerar a la luz de otros posicionamientos, que estamos en presencia de un procedimiento médico que si bien podría considerarse que no es totalmente experimental, también presenta incertezas sobre las consecuencias derivadas de su aplicación sobre el embrión implantado, que recién podrán vislumbrarse a mediano o largo plazo (v.gr. la biopsia de los embriones podría provocar daños que se adviertan cuando el niño ya haya nacido), y que tiene bajas probabilidades de éxito (de 20 a 30% conforme declara la testigo). “Cuando el carácter novedoso de una técnica hace presagiar un daño de suficiente entidad (tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo) cabe actuar, aún a falta de evidencia científica sobre la existencia del daño en sí o sobre la relación de causalidad entre conducta y daño temido” (Bergel...op. cit., p. 1010).

Cabe agregar, en esta línea subsidiaria propuesta, que la propia Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) considera, al actualizar su Código de Ética, que “la crio

preservación de gametos y embriones ha contribuido de manera significativa a mejorar la eficiencia de los procedimientos de reproducción asistida y a preservar la fertilidad en pacientes en riesgo de perderla. Sin embargo, también ha llevado a la acumulación de embriones congelados para parejas o personas que, por circunstancias diversas (concreción del embarazo, enfermedades, muerte, divorcio, etc.) no desean un embarazo. Esto plantea dilemas de orden económico –el costo de la conservación prolongada – y de orden ético –el destino de los embriones no deseados – aún no resueltos”.

La cuestión debatida en autos, que como dije, genera profundos debates y disensos también éticos y morales, pero se mueve en un terreno de imprecisiones que permiten razonar que es también a la luz de este principio de precaución, que corresponde confirmar la sentencia motivo del recurso.

7. Conclusión.

Cabe recordar que estos razonamientos no fueron planteados por la obra social demandada sino introducidos por la señora Juez en primera instancia y cuestionados expresamente por los amparistas al momento de fundar su recurso extraordinario ante esta sede. En efecto, la negativa de la obra social no se cimentó en estas disquisiciones, sino en las razones que ya fueron objeto de análisis en el voto preopinante; sin embargo, la Cámara no se desentendió de este argumento sino que, advirtiendo que la legislación no contemplaba la cobertura de la prestación solicitada, y que de hacerse lugar a la pretensión se pondría en peligro lo que entendió como derecho a la vida de los embriones sobrantes, optó por la confirmación del fallo.

Aun así, no se advierte absurdidad en la medida de que con toda razón la Juez de primera instancia advierte que se encuentra frente a un planteo de orden público en el que, más allá de las intervenciones o no del Ministerio Público, está obligada a no dejar de lado bajo la apreciación de que lo único que se pretende en apariencia sería un reclamo económico a la obra social. Por ello los recurrentes también han tenido la oportunidad de defender su punto de vista y arriman sus argumentos en el recurso que tratamos.

En resumen, no es arbitrario considerar que, de permitirse el avance de la pretensión perseguida en autos, habrá afectación severa de vida humana digna de su preventiva protección, sobre todo frente a experimentos y tratamientos que implican su seguro sometimiento a ensayos experimentales y a su eventual “descarte”. Y tanto está probado que en el embrión hay vida, que es indudablemente humana, que posee su propia identidad de ADN, que –precisamente- por causa de esa individualidad es que se fecundarán no menos de quince óvulos distintos para obtener otros tantos embriones para detectar cuál ofrece mejores condiciones, de acuerdo a un criterio médico que es –aun cuando fuera de lo más serio y estudiado- coyuntural y variable, para proceder a la eliminación de los que según ese mismo estudio resulten inaptos o sin un destino seguro y preciso para los aptos cuando fueran más de aquellos que se desea implantar.

Tampoco hay arbitraria valoración de las pruebas rendidas: la testimonial de la Dra. Pinto señala claramente que se requiere de al menos 15 embriones para poder proceder a la práctica, y que sus posibilidades de éxito son de entre el 20 y 30%.

Por lo expuesto y sumando los fundamentos de mi colega preopinante, comparto su decisión de confirmar la resolución de cámara rechazando el recurso de inconstitucionalidad deducido.

Así voto.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EN DISIDENCIA, EL DR. OMAR PALERMO DIJO:

Por diversas razones no comparto la solución a la que llegan mis distinguidos colegas de Sala. En efecto, por las razones que a continuación expondré, considero que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad formulado y, en consecuencia, se debe revocar la sentencia impugnada dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial. Paso a explicarlo.

Tal como ha sido reseñado precedentemente, surge de

las constancias de autos que los amparistas, desde el año 2009 en el que contrajeron matrimonio, han hecho reiterados e infructuosos intentos por concebir un hijo. Luego de realizar diversas con-sultas médicas se llegó a la conclusión de que la causa de la imposibilidad de concebir se encontraba en una patología de infertilidad primaria en función de un factor masculino -astenospermia moderada- y un factor cervical test postcoital negativo. En razón de lo señalado, la pareja comenzó con ciclos de inseminación intrauterina con tratamientos de baja complejidad. Al culminar el año 2011, los amparistas ya habían atravesado cuatro intentos infructuosos de los cuáles -el último- culminó con un aborto bioquímico. Por esta razón, recurrieron a un tratamiento de alta complejidad, mediante la técnica ICSI, a comienzos de 2012. El resultado fue un embarazo con niveles de 6,9 UI/ml, con cariotipo masculino 46 xy con translocación Robertsoniana entre cromosomas 6-15. Frente a ello, la pareja consultó a un médico genetista que sugirió realizar DGP, en razón de que el Sr. L. tenía un riesgo de 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto intercromosómico. Esta patología originaría embriones anormales causantes de infertilidad y/o nacidos con cromosomopatías. En razón del deterioro progresivo en su condición de fertilidad, la técnica ICSI con DGP debía realizarse a la brevedad.

Así, los ahora amparistas intimaron a la obra social de empleados públicos -OSEP- para que cubriera los costos que insumía la realización de la práctica pero ésta no se expidió al respecto sino hasta el momento de contestar la acción de amparo entablada. En líneas generales OSEP solicitó que se rechazara la acción de amparo porque: 1) no se configuraban en el caso de autos los requisitos del amparo -esto es, ilegalidad o arbitrariedad manifiesta-; 2) no surgía el peligro inminente, en razón de que no habían agotado la vía administrativa pese a que el tratamiento demandaba tiempos de espera que hubiesen permitido mayor debate y prueba como la cuestión requería; y, 3) los amparistas no habían probado la efectiva afectación de los

derechos que alegaban vulnerados. La jueza de primera instancia rechazó la acción de amparo y la cámara de apelaciones interviniente confirmó la resolución. Contra esta última, formulan los amparistas recurso de inconstitucionalidad.

Asimismo, mis colegas de Sala se inclinan por rechazar la procedencia del recurso sobre la base de dos líneas argumentales. Por un lado, el voto preopinante fundamenta el rechazo del recurso en que la técnica de fertilización asistida por medio del método ICSI con DGP no se encuentra incluida en el listado de prestaciones de la obra social y, en consecuencia, no existe obligación de ésta de cobertura. Por esta razón, se entiende que la exclusión no aparece como ilícita, arbitraria o irrazonable. Por otro lado, en el voto que me precede se agrega que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado, además, por otros motivos. En este sentido, se señala que la práctica de fertilización asistida mediante el método ICSI con DGP resulta contraria a nuestro ordenamiento jurídico, pues se vulnera la protección que corresponde asignar a los embriones no viables que no serían implantados. En definitiva, frente a una posible colisión de bienes entre el derecho de los amparistas a la salud reproductiva y la vida del embrión no viable no implantado, mi colega se inclina por considerar a este último como el interés preponderante.

Pues bien, teniendo en cuenta esta línea argumental, corresponde establecer, en primer lugar, si el método DGP tiene un lugar en la práctica conforme nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, si se concluye que se trata de una práctica legítima, debe determinarse si corresponde o no que la obra social cubra el coste que acarrea aquella técnica.

1. El método ICSI y su alcance.

Parece oportuno establecer como punto de partida aquellos aspectos vinculados al objeto del proceso que están fuera de toda discusión. Con ello hago referencia a la posibilidad de llevar adelante la técnica de reproducción humana asistida denominada ICSI cuya permisión es indiscutida. En este sentido, ninguna de las resoluciones jurisdiccionales que han recaído en la presente causa han puesto en tela de juicio su

práctica. Tampoco lo hacen mis colegas de Sala. Tan es así que OSEP, al momento de llevarse a cabo la audiencia conciliatoria dentro del marco del proceso ofreció cubrir los gastos de la técnica ICSI en la siguiente modalidad: tres intentos; al 100% en el primero, al 50% en el segundo y al 25% el tercero. En el mismo sentido, como se señala en el voto que me precede, este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse sobre la procedencia del método ICSI en distintas ocasiones. Así, en los autos N° 111.189 y 111.183. El método ICSI es, entonces, un método permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien ¿en qué consiste la técnica de reproducción humana asistida ICSI y qué particularidades presenta? Expresado de manera sintética, el método ICSI -siglas en inglés de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides- consiste en aquella técnica en la que se escoge al mejor espermatozoide y se introduce en el interior de una aguja de microinyección, posteriormente se sujeta el ovocito por una parte mientras por el lado opuesto se inyecta la aguja y se deposita el espermatozoide en el interior del citoplasma del ovocito.

Como se sabe, el ICSI constituye una técnica de reproducción asistida muy frecuente, que se utiliza ante los problemas más graves de esterilidad, sobre todo en casos de infertilidad masculina, ya que con esta técnica no se requiere que exista movilidad en el espermatozoide. Se trata de una modalidad de reproducción asistida similar a la fecundación in vitro convencional -FIV-, con la diferencia de que la inseminación de los óvulos se realiza al introducir un espermatozoide en el interior del óvulo mediante una microaguja, de manera directa y por tanto mucho más elaborada que en la FIV. Se utiliza cuando los espermatozoides tienen dificultades para penetrar en el ovocito por sí solos. Se trata de una técnica más compleja que la FIV convencional y, por esto, también supone un coste económico mayor.

La permisión del ICSI no está limitada únicamente a la creación de los embrio-nes que posteriormente van a ser implantados, sino que la misma alcanza también a la preparación de ovocitos que eventualmente pueden no ser

implantados. En efecto, si bien es cierto, como se señala en el voto que me precede, que el método ICSI «en principio no requiere de la preparación de más ovocitos que los que se desea implantar», no es menos cierto que esta práctica resulta excepcional, como ha ocurrido en casos en los que algunas mujeres o parejas así lo deciden por sus convicciones religiosas o por alguna otra razón. Pero ello es no necesariamente así en todos los casos y, pese a ello, la preparación de embriones no deja de estar permitida.

Únicamente dos países permiten legalmente la exclusiva creación de los embriones que van a ser implantados: Alemania e Italia, sin perjuicio de que en Italia esto fue declarado inconstitucional en el año 2009 mediante la sentencia del Tribunal Constitucional N° 151/2009. En referencia a esta última legislación, en teoría el tejido normativo originario de la Ley parecía resolver la cuestión del empleo de los embriones sobrantes, a través de la aplicación sistemática de una obligación -de único y simultáneo implante- y dos prohibiciones -de crioconservación y de producción de más de tres embriones-. La sentencia del Tribunal Constitucional ha destruido esta arquitectura normativa, eliminando de sus fundamentos la obligación de única y contemporánea transferencia y la prohibición de producir tres embriones como máximo por cada ciclo. Conforme lo previsto en el inciso 3, la Ley en su mismo entramado normativo prevé una derogación explícita a la prohibición de crioconservar los embriones: una derogación formal, dejada a la discrecionalidad científica del médico en cada caso, aunque limitada por unas condiciones estrictas -grave y documentada causa de fuerza mayor no previsible al tiempo de la fecundación- y por una obligación de realizar la transferencia a mayor brevedad. Esta excepción ha sido ampliada por la citada sentencia N° 151 de 2009, al reconocer la mera eventualidad –en lugar de la obligatoriedad– de la sucesiva transferencia del embrión, al prever que «la transferencia deberá realizarse sin menoscabo de la salud de la mujer». El sentido originario de la disposición ha sido pues modificado, porque se reconoce la posible interrupción definitiva de las técnicas por motivos de

salud no necesariamente excepcionales ni imprevisibles, sino también ordinarios y previsibles, cuando desaconsejen –al juicio del médico– la transferencia.

En definitiva, más allá de las particularidades que presenta la legislación de los países precedentemente citados, lo cierto es que, en nuestro país, si bien quienes acuden a las técnicas de reproducción humana asistida ICSI pueden optar por la preparación de los ovocitos que sólo serán implantados, también pueden elegir la preparación de más ovocitos de los que vayan a implantarse y optar por la crioconservación de los mismos. Y ello es así porque una eventual prohibición a la creación de más embriones que los que vayan a implantarse podría atentar contra el derecho a la salud de la mujer en cuyo útero van a implantarse los embriones. Dicho de otro modo: que sólo se permita la extracción de los óvulos a fecundar podría provocar consecuencias en la salud de la persona que acude a las técnicas de reproducción humana asistida. Por esta razón, se permite la preparación de más embriones de los que serían implantados y la crioconservación de los restantes.

Así, por un lado, la crioconservación aparece como el medio para optimizar la utilización de los embriones in vitro ya existentes y evitar fecundaciones innecesarias; por otro lado, la crioconservación protege el derecho a la salud del niño por nacer y de la persona que acude a las técnicas de reproducción humana asistida, pues no sólo evita embarazos múltiples -y consecuentemente también las reducciones embrionarias- sino que además impide una nueva estimulación ováricamente a la persona -lo que genera el riesgo de sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica y con ella se evita que se tenga que transitar nuevamente por el proceso de extracción de óvulos, su transferencia e implantación. Por último, la crioconservación se justifica por razones económicas, en razón de que disminuye los costes porque evita repetir procesos que siempre serán más costosos que los gastos de la crioconservación (LAMM, Eleonora, «El embrión in vitro en el proyecto de reforma de Código civil y comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico»; en GRAHAM, Marisa - HERRERA, Marisa

(Directoras), Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Buenos Aires, 2014, p. 413).

Pues bien, sobre la base de lo expuesto resulta posible ensayar una primera conclusión provisional: la permisión jurídica de la técnica ICSI supone admitir que no todos los embriones serán implantados en el útero de la mujer. Ello supone entonces que, al no implantarse algunos de aquellos embriones, existe una selección previa entre los implantados y los no implantados, sólo que se trata de una selección, sino azarosa, al menos con menores niveles de certeza respecto a la viabilidad del embrión. En efecto, a falta de un estudio previo de los embriones, todas las combinaciones pueden resultar posibles: puede que se implanten y se crioconserven embriones viables o inviables respectivamente. Dicho brevemente: cuando los beneficiarios han admitido la preparación de más ovocitos - cuestión indiscutidamente permitida en nuestro ordenamiento jurídico- mediante la técnica ICSI se lleva a cabo una selección de los embriones que se implantarán en razón de que se desconoce la viabilidad de los mismos. Por lo demás, esa selección azarosa conlleva consigo otra selección igualmente permitida: la crioconservación de los embriones no implantados.

Ahora bien ¿cuál es la base legal, doctrinaria y jurisprudencial de la que es posible inferir no sólo la permisión de la técnica ICSI sino también de sus necesarias consecuencias, a saber, la selección al azar de qué embriones serán implantados y cuáles crioconservados? Son varios los argumentos para afirmar la existencia de esta permisión.

En primer lugar es posible deducirla como consecuencia de nuestro bloque de constitucionalidad federal. El derecho a la salud reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, encuentran reconocimiento en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos que, en nuestro país, ostentan jerarquía constitucional –art. 75, inc. 22 de la C.N.-.

Esto ha sido expresamente reconocido por la Corte IDH

en el ya reseñado Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. En este importante precedente del máximo tribunal regional de derechos humanos expresamente se sostuvo que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente. De este modo centró su análisis en los derechos fundamentales involucrados: a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y d) el principio de no discriminación.

Sobre el alcance que tienen los precedentes de la Corte IDH en nuestro ordenamiento jurídico se ha expedido la C.S.J.N. en “Girolodi” donde sostuvo que «la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, Ley 23.054)» (Fallos 318:514).

Por su parte en “Mazzeo” el Alto Tribunal señaló expresamente que «la inter-pretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)» lo cual importa «una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones

asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos» (Fallos 330:3248).

En síntesis, es posible concluir que conforme a nuestro derecho convencional y su interpretación jurisprudencial, la técnica de reproducción humana asistida ICSI se encuentra permitida así como la crioconservación de los embriones que no sean implantados en el útero de la mujer.

En segundo lugar, encuentra aval la permisión de la técnica ICSI en la legislación y jurisprudencia comparada. En este orden puede señalarse que aquella técnica de reproducción humana asistida se practica en todo el mundo. El único país que lo prohibió fue Costa Rica, con la sentencia que luego originó el caso Artavia Murillo. Es decir, hoy en día no hay países que lo prohíban y, legalmente, está contemplado en todos los países que regulan las técnicas de reproducción humana asistida. Incluso Italia, cuya ley de 2004 es una de las más restrictivas del mundo, permite la técnica ICSI. En resumidas cuentas, cabe señalar que todos los países que regulan las técnicas de reproducción humana asistida expresamente permiten esta técnica.

Finalmente la permisión de la técnica ICSI encuentra fundamento en la propia Ley 26.862. Esta normativa, que regula el acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, se expresa en términos amplios e igualitarios, garantizando un acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. Por esta razón, la ley no refiere en ningún momento a estas técnicas como un modo de paliar un problema de salud; es decir, no se centra en la noción de infertilidad sino -y de manera más amplia- en el derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida para alcanzar la maternidad/paternidad. Esta línea legislativa se condice con el respeto y aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ya que no es la patología o una cuestión de salud la que está presente en toda situación en la cual se apela a las técnicas de reproducción humana asistida, como acontece cuando se trata una pareja integrada por dos personas del mismo sexo o incluso, en la gran mayoría de mujeres solas en el que las

técnicas de reproducción humana asistida son un modo más para formar una familia monoparental. Aquí es otro el derecho humano que está comprometido: el derecho a la vida familiar.

Esta ley, a su vez, permite acceder no sólo a las técnicas de reproducción humana asistida intracorpóreas, sino también a las extracorpóreas, ya sean homólogas o heterólogas, a tono con la tendencia en el derecho comparado. Así, la ley se refiere al acceso a «las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones». Expresamente la ley garantiza en su art. 1 un acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. En este sentido por integral debe entenderse no sólo la posibilidad de acceso a las mismas para todos los beneficiarios, sino también a todos los métodos.

Así con el aval de nuestro bloque de constitucionalidad federal, la Ley 26.682 y la legislación y jurisprudencia comparada, es posible concluir en el sentido de que no existe controversia acerca de la permisión en nuestro ordenamiento jurídico de la técnica de reproducción humana asistida ICSI y, además, que la misma debe ser cubierta a todos los beneficiarios del sistema como prestación por parte de las obras sociales.

2. La técnica DGP y sus cuestionamientos

En el caso de autos los accionantes ostentan como pretensión que la obra social OSEP asuma la cobertura integral de la práctica de la técnica ICSI con la particularidad de que la misma tenga la asistencia del método Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP). Corresponde entonces señalar en qué difiere esta última técnica del método ICSI tradicional, esto es, sin la utilización del DGP.

Mediante el método DGP se permite, a través del estudio previo de los embriones, llevar a cabo una selección no azarosa de los mismos, basada en la mayor viabilidad del embrión implantado. Así, con este método, por ejemplo, se posibilitan embarazos que de otra manera no serían viables por padecer, quienes pretenden acceder a la técnica, de alguna enfermedad que impide efectivizarlos naturalmente. La utilización del DGP permite también detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación o incluso la cura de

enfermedades, a través del detecte de alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación. Dicho con otras palabras, la fertilización asistida no sólo brinda una respuesta a los trastornos de fertilidad sino que, además, permite prevenir padecimientos graves a la futura persona que será concebida y ayuda a personas con afecciones graves a superarlas mediante la procreación de un hermano histocompatible. Así, pueden recurrir al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos para detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad o, para evitar la transmisión de enfermedades genéticas o para concebir un hermano compatible con otro que requiere de un trasplante que prolongue su vida.

Los principales cuestionamientos que se le atribuyen a la técnica ICSI con asis-tencia de DGP están vinculados, por un lado, a la cuestión de la selectividad que conlleva y, por el otro, al destino -«seguro desecho»- que tendrán los embriones no viables. En efecto, se afirma que con el DGP -en los supuestos que se aplica la técnica para detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación- se demostraría que existen embriones con enfermedades genéticas, de modo que su descarte o desecho aparecería como necesario. De este modo, si lo interpreto bien, se afectaría no la personalidad del embrión pero sí al menos los derechos de éste como sujeto de protección. Así, en el voto que me precede se afirma que la técnica del DGP importa «indefectiblemente asumir la realización de biopsias sobre los embriones, su selección y el descarte [...] porque son sobrantes, y no establece el destino final con precisión y seguridad científica respecto de ninguno de ellos, sea que resultaren aptos o no».

Sin embargo, a pesar de estos cuestionamientos, existe una línea jurisprudencial que reconoce la permisión del DGP sea para prevenir enfermedades genéticas o para sanar a otra persona de un padecimiento grave en su salud. Así, en el sistema europeo de Derechos Humanos, encontramos el caso Costa y Pavan vs. Italia del 11 de febrero de 2013. En este caso, se trataba de una pareja casada que padecía de una enfermedad

llamada mucoviscitosis -fibrosis quística- de la que ellos eran portadores sanos. Tenían una hija, nacida por métodos naturales, afectada con esa enfermedad y, conocieron que eran portadores de su enfermedad cuando nació esa hija. Por lo tanto, quisieron tener un segundo hijo, que no estuviera afectado y recurrieron a las técnicas de reproducción humana asistida. Sucedió que la ley italiana prohibía el diagnóstico genético preimplantario y reservaba las técnicas de reproducción humana asistida para las parejas estériles o infértiles. Agotada la instancia interna, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien resolvió que la prohibición del DGP importaba una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que, si bien Italia prohíbe el DGP, al mismo tiempo, autoriza el aborto frente a las graves anomalías.

Ante esta situación jurídica, el tribunal señaló que «no puede dejar[se] de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico». En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la prohibición absoluta del diagnóstico genético preimplantacional no resultaba proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad.

Del mismo modo, en el ámbito nacional distintos tribunales, en diferentes oportunidades, han autorizado la realización de la técnica ICSI con asistencia del método DGP. Así, la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, confirmó la sentencia de primera instancia en la que condenó a la Unión Personal -Accord Salud Plan Privado- a brindar la cobertura de dos tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad mediante la técnica de fecundación in vitro, Inyección

Intracitoplasmática de Espermatozoides -ICSI- y Diagnóstico Genético Preimplantatorio -DGP-. En el caso uno de los presentantes padecía Azoospermia Secretora -ausencia de espermatozoides en el eyaculado a expensas de una falla progresiva en sus testículos- y, además, era portador de una mutación en el exón 19 del gen RB1, con un riesgo de 50% de tener hijos afectados con Retinoblastoma bilateral al realizar un TESE, frente a lo cual se les indicó la realización de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, mediante la técnica de fecundación in vitro -FIV-, con la posibilidad de descartar el embrión que contenga la anomalía hereditaria. Pues bien, frente a esta plataforma fáctica el tribunal sostuvo que «no existen motivos que justifiquen no otorgar la cobertura de la técnica que aquí se solicita, en función de lo cual proponemos que se confirme la decisión apelada, en los límites y con los alcances de la ley 26.862 y del decreto 956/13» (Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II, fallo del 26 de septiembre de 2013, “M. G. M. y otro c/Unión Personal Accord Salud s/amparo”, voto de los Dres. Graciela Medina y Ricardo Víctor Guarinoni).

En otra ocasión, la realización de una técnica de reproducción humana asistida mediante ICSI con asistencia de método DGP fue admitida con fines humanitarios en su modalidad extensiva. De este modo resolvió la Cámara Federal de San Martín, Sala I, en el fallo del 7 de junio de 2011, “Gutiérrez, Juan A. y otra c/ OSDE s/ Amparo-Incidente Medida Cautelar”. En el caso la finalidad de los amparistas era lograr la gestación de un hijo que fuese histocompatible con su hermano -también amparista- que padecía Síndrome Mielodisplásico de Médula Ósea para la cura de este último, mediante la obtención de sangre de cordón umbilical histoidéntica y efectivización de trasplante de médula. En resumen, la línea jurisprudencial reseñada autoriza el método DGP para que el mismo pueda ser utilizado en su forma más polémica: para evitar futuras y graves enfermedades genéticas o para curar enfermedades de terceras personas. Según creo, la idea que subyace a esta jurisprudencia es evitar que sólo tengan hijos mediante este método quienes puedan pagarlo. En efecto,

no puede negarse que en la actualidad la técnica DGP se realiza de manera no clandestina en clínicas privadas por personas que afrontan el costo de la prestación en forma particular. Pues bien, precisamente esta circunstancia es la que quiere evitar la Ley 26.862 mediante el acceso amplio e igualitario a las técnicas de reproducción asistida. Dicho de manera drástica, de no estar protegido por ley la aplicación del método DGP se generaría una inadmisibles desigualdad entre quienes pueden y no pueden pagarlo: los sectores sociales más desprotegidos serían los únicos que deberían sufrir los padecimientos de las graves enfermedades genéticas de sus hijos que el método que aquí se cuestiona podría evitar. Una desigualdad semejante no puede ser tolerada.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que en el caso de autos no se pretende la utilización del método DGP para evitar enfermedades genéticas o para curar enfermedades de terceros. No constituye éste el objeto del proceso. Aquí los amparistas sólo pretenden que su obra social afronte los costes de la utilización de la técnica DGP para posibilitar un embarazo que naturalmente no sería viable. Pues bien, si la jurisprudencia admite la utilización de esta técnica en los casos más discutidos y obliga a las respectivas obras sociales a asumir los costes de su realización ¿cómo no asumir idéntico temperamento en el caso de autos en el que sólo se pretende hacer posible, sin más, una vida y, junto a ella, la realización del derecho a una vida familiar?

Ahora, en relación al segundo de los cuestionamientos, según el cual este método supone de algún modo admitir la manipulación del destino de los embriones no viables que serían descartados, se sostiene que «el embrión es un ser humano y no debe ser manipulado, congelado, negociado como una cosa, tal como acepta el proyecto de Código Civil unificado, haciendo depender su condición del momento de la transferencia, o no, al seno materno. La voluntad del legislador no puede inventar un orden público por encima de la Constitución, porque ésta es de Derecho público y, por tanto, de orden público. Ese orden público vierte su legitimación en la legislación derivada en la

exacta medida en que sea rigurosamente respetado; de lo contrario, la CN pierde su finalidad y sentido. La voluntad del legislador no puede estar por encima de la CN» (CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, «Reflexiones sobre la Ley 26.862 de reproducción humana asistida», elDial.com - DC1AE0).

En el mismo sentido, en referencia al derecho a la salud reproductiva de los accionantes, en el voto precedente se señala que «este legítimo derecho no es absoluto, como no lo es ninguno de los reconocidos por la Constitución Nacional, y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana y del impedimento coherente de que ella sea sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección y –en cualquier caso- de sacrificio e instrumentación útil en aras de otras vidas o del ejercicio de otros derechos aun cuando éstos fueran los de sus progenitores [...] En resumen, no es arbitrario considerar que, de permitirse el avance de la pretensión perseguida en autos, habrá afectación severa de vida humana digna de su preventiva protección, sobre todo frente a experimentos y tratamientos que implican su seguro sometimiento a ensayos experimentales y a su eventual “descarte”».

Pues bien, frente esto cabe afirmar, por un lado, tal como fuera subrayado supra, que ya el método ICSI permite la selección de embriones, pues se desconoce (o al menos no se tiene los mismos niveles de certeza que con otras técnicas más precisas como el DGP) la viabilidad o inviabilidad tanto de los embriones que se implantan como de los que se crioconservan. Por otro lado, la selección a la que conduce la aplicación del método DGP en el caso que nos ocupa, no es de ninguna manera experimental, sino, por el contrario, para favorecer la implantación de embriones que pueden viabilizar su desarrollo. Dicho con otras palabras, mediante la aplicación de la técnica cuestionada por mis colegas, los amparistas no pretenden que se haga ningún experimento, sino sólo facilitar la llegada del hijo que hasta ahora no han podido concebir. Y al mismo tiempo, la aplicación de este método permite proteger la salud física y

psíquica de la mujer, pues a través de esta técnica es posible evitar la frustrante repetición de infructuosos intentos que la afectan tanto hormonal como psicológicamente.

En conclusión, entiendo que en el caso de autos debe permitirse la selección de embriones que conlleva el método DGP en tanto dicha selección es la que posibilita la vida del hijo que los amparistas no han podido concebir. En efecto, sólo se seleccionan los embriones viables y, consecuentemente, no se implantan aquellos que no prosperarían por su propia naturaleza, con la particularidad de que con esto se aliviana el dolor y sufrimiento de quienes quieren ser padres y ven frustrados una y otra vez sus intentos, protegiendo entonces su salud integral.

De este modo, sólo resta referir a la cuestión del destino de los embriones viables no implantados y de los no viables que finalmente no serán implantados por contener fallos cromosómicos o estructurales, de modo que nunca podrían generar un embarazo o el nacimiento de un niño. Cabe señalar que la necesidad de protección del embrión no implantado ya fue puesta de manifiesto por el proyecto de unificación Código Civil y Comercial de la Nación que tiene media sanción legislativa. En efecto, el proyecto establece como “Disposición transitoria” que «La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial».

Pues bien, para el caso de los embriones que sí son viables y que no se implantarán, está claro que pueden crioconservarse conforme autoriza la propia Ley 26.862, teniendo luego el destino que decidan los beneficiarios del sistema. Por su parte, el art. 2 del decreto reglamentario 956/2013 establece expresamente que «Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos».

Ahora bien, a idéntica conclusión podría llegarse respecto a los embriones no viables. Serán los amparistas quienes, previo

consejo médico, podrán decidir su destino. En efecto, del mismo modo que ocurre con el método ICSI, nada obsta a que los médicos, de común acuerdo con los amparistas, puedan adoptar medidas para el mejor resguardo de los mismos. Dicho de otro modo, si el método ICSI permite que los interesados decidan sobre el destino de los embriones, nada obsta a que se siga el mismo procedimiento si los interesados deciden, por convicciones personales y previo consejo médico, tomar medidas de protección respecto de los embriones que la aplicación del método DGP detectó como no viables.

Por lo demás, cabe señalar que el método del DGP tiene una aceptación generalizada tanto en la doctrina, como en jurisprudencia y también en el Derecho comparado. En efecto, en cuanto a la jurisprudencia internacional sobre Derechos humanos ya se dijo que el TEDH en el referido caso Costa y Pavan vs. Italia permitió que se llevara adelante el método DGP con finalidad extensiva. Pues bien, si se permitió la utilización de esta técnica para tales supuestos, con mayor razón es posible concluir en el presente caso que la admisión del DGP es posible en razón de que la única pretensión de los amparistas es posibilitar la concepción.

En cuanto al Derecho comparado son numerosas las legislaciones extranjeras que receptan expresamente este método. Entre ellas encontramos: 1) Francia en el art. 2141-2 y 2131-4 del Código de la Salud, modificados por Ley n° 2011-814 del 7/7/2011; 2) España en el art. 12 de la LTRA; 3) Portugal en el art. 28 de la Ley Núm. 32/2006, de 26 de Julio; 4) Brasil en la Resolución brasilera N° 1957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM); 5) Dinamarca; 6) Noruega (limitado a enfermedades hereditarias graves sin posibilidad de tratamiento); 7) Suecia (limitado al diagnóstico de enfermedades graves y progresivas que conduzcan a una muerte prematura y para las cuales no haya tratamiento ni curación en el momento del diagnóstico); 8) Reino Unido; 9) Alemania. Asimismo, se habilita en Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo,

Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania (Conf. HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora. «Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia.» LL- 2013-D-1037).

Por su trascendencia regional me parece oportuno destacar que la reciente ley uruguaya 19.167 sobre técnicas de reproducción humana asistida del 12 de noviembre de 2013 dispone en su art. 1 que «Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley». Además, el art. 17 establece que « Los gametos y embriones no transferidos se conservarán por los plazos que determine la reglamentación, teniendo en cuenta su viabilidad, así como la posibilidad de generar un embarazo a partir de los mismos».

Asimismo, un sector importante de la doctrina de nuestro país señala que con-forme a nuestro ordenamiento jurídico no existen obstáculos que impidan llevar adelante la técnica ICSI con asistencia de DGP. Se expresan en este sentido, por ejemplo, KEMELMAJER-LAMM-HERRERA al señalar que «En nuestro país es posible y lícito practicar un diagnóstico genético preimplantacional (DGP)» y, agregan «[...] nada impide, y en muchos casos es aconsejable, que previo a la implantación del embrión se realice un DGP [...]» (KEMELMAJER, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, «Regulación de la gestación por sustitución», LL-2012-E-960). También se expiden en la misma línea MINYERSKY-FLAH quienes sostienen que el derecho a la salud —de protección constitucional- se vería vulnerado si se prohibieran las técnicas de selección de embriones preimplantatorias, que «se encuentran

incorporadas a nuestras prácticas cuando se tiene en mira evitar la transmisión de enfermedades congénitas severas, técnicas puestas en práctica en varios países y que en la Argentina ha sido receptada jurisprudencialmente» (MINYERSKY, Nelly - FLAH, Lily R., «El embrión, el feto y la vida humana», LL-2011-E-1164).

Finalmente, corresponde agregar que el método DGP ha sido autorizado en distintas oportunidades por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, además de los supuestos ya referidos encontramos los siguientes pronunciamientos: el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, fallo del 19 de agosto de 2010, “C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A. s/amparo”; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, fallo del 29 de diciembre de 2009, “L., H. A. y otra c. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra”; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, fallo del 13 de septiembre de 2011 “M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/amparo”.

En el mismo sentido se ha pronunciado un sector cualificado de la comunidad científica. En efecto, el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret de Barcelona, en relación a la investigación con embriones producidos in vitro, ha señalado que ésta no es rechazable. (CASADO, María - EGOZCUE, Josep (Coordinadores), Documento sobre investigación con embriones, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2000, Págs. 12 y ss.; citado por MINYERSKY, Nelly - FLAH, Lily R., Op. cit.). Por su parte, en nuestro país, el Comité de Ética en la Ciencia y la Tecnología dependiente del Ministerio de Ciencia y Técnica, propusieron, en el marco del debate del proyecto de reforma del Código Civil, un texto para el art. 19 que está en consonancia con lo que hasta aquí se viene señalando.

Dicho a modo de conclusión: una interpretación amplia e igualitaria de la ley 26.862, acorde, por lo demás, con el Derecho comparado, parte de la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional de los Derechos humanos, debe llevarnos a afirmar que la técnica del DGP está amparada por nuestro ordenamiento jurídico. Si esta afirmación es correcta, ello debe conducir a una segunda conclusión: la técnica DGP

debe estar cubierta por las obras sociales, de modo que corresponde a OSEP brindar cobertura integral de la prestación médica indicada. Cualquier otra solución conduce, según creo, a que sólo quienes tienen posibilidades económicas de afrontar el costo de la realización de una práctica que, por lo demás, está permitida, puedan acceder a la misma y tener hijos mediante dicho método. Ello podría tornarse en un privilegio irritante en favor de las clases acomodadas.

Por todo lo expuesto considero que en el presente caso se configuran los requisitos que hacen procedente la acción de amparo. En consecuencia y por las razones expuestas entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por resultar la sentencia impugnada arbitraria.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. JORGE NANCLARES DIJO:

De acuerdo al resultado a que se ha arribado en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 22/42 de autos y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por Quinta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 228/234 de los autos N° 221.605/50.235, caratulados: “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN”

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. PEREZ HUALDE y PALERMO, adhieren al voto que antecede.-

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES DIJO:

De conformidad al resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas la parte recurrente que resulta vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. PÉREZ HUALDE y PALERMO, adhieren al voto que antecede.-

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 30 de julio de 2.014:

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

I. Rechazar el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 22/42 de autos.

II. Imponer las costas a la parte recurrente que resulta vencida.

III. Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dres.: Mónica DELGADO, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$ 1.600) y Romina COSTA RODRIGUEZ, en la suma de pesos MIL CIENTO VEINTE (\$ 1.120) (arts. 10 y 31 de la Ley Arancelaria).-

Notifíquese.

DR. JORGE
NANCLARES
ALEJANDRO PEREZ HUALDE

H.
DR.

ampliatorio)

(voto

DR. OMAR PALERMO
(en disidencia)