

## *Fertilización asistida. Aproximaciones a su problemática jurídica\**

Por Gustavo Carranza Latrubesse

### 1. Concepto de fertilización y alcance del presente estudio

En un trabajo que titula, precisamente, “bioética”, Perrino recuerda el origen etimológico de la palabra (vida y ética), destacando que fue Potter el primero que la utilizara en 1970 para referirse a las investigaciones y otros estudios y manipulaciones que se estaban realizando en orden al manejo de embriones humanos y técnicas de fertilización asistida; es decir, para el estudio del conocimiento biológico y su relación con la ética o mundo de los valores. A estos desarrollos se sumó el descubrimiento del ADN por Francis Crick y James Watson. El punto de partida de cualquier investigación sobre el tema, que se concreta en exclusiva referencia al derecho, que excede cualquier referencia al “ordenamiento jurídico”, no puede, entonces, prescindir de los aspectos éticos. Desde que ignoro los aspectos médicos, técnicos, psicológicos y otras nociones esenciales de la ingeniería genética, la temática del análisis se habrá de circunscribir a algunos de los aspectos con los que la cuestión conmociona las nociones de los viejos odres del derecho.

La palabra “fertilización”, ya abandonada la idea más procaz de inseminación artificial en seres humanos, que se utilizaba cincuenta años antes en los estudios vernáculos, apunta a la “fecundación” de un óvulo con un espermatozoide, independientemente del medio en que se realice. Las técnicas que la biomedicina utiliza y utilice a estos efectos son sólo relevantes para este trabajo en la medida en que distorsiona el contenido de las prestaciones médicas organizadas por el Estado, por medio de entes de salud a las que ha deferido la atención del servicio de salud (obras sociales y empresas de medicina prepaga). Por cierto, quedarán excluidas todas las lucubraciones que cabe efectuar en orden a las relaciones parentales que se generan, a los derechos a la identidad, a los alimentos, a la protección del niño, como al derecho a la verdad –que habrá que repensar pues fue elaborado como consecuencia del terrorismo de Estado y de la desaparición forzada de personas–, cuestiones que habré de mencionar tangencialmente. También la responsabilidad civil resultante de las relaciones entre médico y paciente<sup>1</sup>.

Poco tendrá que ver, entonces, con el objeto preciso de la bioética, como “la ciencia que tenía como fin analizar y fundamentar los límites y la responsabilidad de los investigadores en lo concerniente a las intervenciones biomédicas”<sup>2</sup>.

En el concepto de “fertilización” incorporo los de fecundación y procreación asistidas, lo que no descarta metodologías ni vías de la ingeniería genética para

---

\* Extraído del artículo publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Dice Guido Alpa en *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista, anterior a la ley española 14/06, que el médico no comete ningún ilícito, sea por inseminación heteróloga, *in vitro* o trasplante del óvulo fecundado, p. 916.

<sup>2</sup> Perrino, Jorge O., *Derecho de familia*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, cap. XXXIV, “Bioética”, p. 2.

hacerlas posible. Pero, en todo caso, enmarcadas en los principios éticos (autonomía, no maleficencia, beneficencia, justicia), bien entendidos, en tanto el derecho a la libertad no se postule por encima del derecho a la vida; además, de aquella vieja comprensión de que el derecho se sustenta en la moral, como lo predicaron Henri y Leon Mazeaud. Y aunque sólo tenga atinencia tangente al tema, consigno que no comparto conclusiones como la del informe del Comité Warnock, según el cual el embrión humano “no lo es” antes del día 14 de su desarrollo, ni criterios como el del juez argentino Martín Farrel, para quien no habría aborto en la interrupción del embarazo antes del tercer mes de gestación, en que comienza el desarrollo de la corteza cerebral.

En el ordenamiento jurídico vigente es indiscutible que la vida empieza con la “concepción” (arts. 63 y 70, Cód. Civil y, particularmente, art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y que ésta se produce con la fecundación o incorporación del espermatozoide en el óvulo<sup>3</sup>, cualesquiera sea el medio en que se produzca, pues, en todo caso, Vélez Sársfield no habría podido vislumbrar que existiera otro que el “seno materno”<sup>4</sup>. Con ello no niego que el derecho deba adecuar sus regulaciones ante los avances de la ciencia y de la técnica pues, en todo caso, la norma es un modelo de conducta esperable –y aceptable– para la mayoría de la sociedad, enmarcada en la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, según la vieja definición de Ulpiano; y no porque se me ocurra, sino porque la Constitución vigente lo prevé expresamente en su art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Excluyo también de esta investigación, mis propias convicciones acerca de que el matrimonio es una unión, material y espiritual, nacida del amor entre un hombre y una mujer, por así corresponder a su naturaleza, y cuya principal misión es la procreación y educación de los hijos, en la que ambos se perpetúan (y no sólo genéticamente) participando en la tarea del Creador. Tampoco discrimino respecto de la familia “natural”, tal como dejó asentado la Corte IDH en el caso “Aloeboetoe c/Suriname”, en tanto ajusta las indemnizaciones debidas al modo en que se regula el derecho de familia en el orden interno, con las particularidades de ese caso concreto<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CSJN, 5/3/02, “Portal de Belén c/Ministerio de Salud”, consid. 4° y cita de Basso, Domingo M., *Nacer y morir con dignidad*, Bs. As., 1989, p. 83, 84 y sus citas; de Jean Rostand, premio Nóbel de biología, de Anne Lejeune y otras, consid. 5°. “En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo”, consid. 10.

<sup>4</sup> En contra, Alberto J. Bueres, para quien la protección del ordenamiento se da respecto al embrión concebido “en el seno materno”, con lo que el fecundado “in vitro” estaría fuera de ella hasta su implantación en el útero materno. Esto daría prioridad a otros intereses por sobre la vida del embrión, como la investigación (*Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Depalma, t. 1).

<sup>5</sup> Corte IDH, 10/9/93, *Reparaciones y costas*, punto 58, segundo párrafo; el derecho interno surinamés no se aplicaba a la tribu Saramaca, que admite la poligamia. En el caso “El Amparo c/Venezuela”, una de las víctimas tenía esposa y compañera e hijos con ambas, por lo que la Corte adjudicó indemnización a ambas, p. 40, sent. 14/9/96, *Reparaciones y costas*. Sobre la evolución del concepto de víctima en el derecho internacional de los DDHH, ver el voto disidente del juez Cançado Trindade, p. 5, caso “El Amparo” y sus citas: “un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el man-

El autor que cito al comienzo, distingue entre la fecundación homóloga (la que se lleva a cabo con el aporte de ambos miembros de la pareja) y heteróloga (la que utiliza material ontogénico proveniente de personas distintas de ella). Por la razón apuntada en el párrafo anterior no hago distinción alguna, aunque no dejo de recordar un fallo de un tribunal de Bologna que negó a una mujer la posibilidad de disponer de los embriones congelados de común acuerdo con su compañero, luego de la separación de éste; dijo el tribunal que el niño por nacer tenía indudable derecho a contar con un padre y una madre y, ante la separación, aquél faltaba y no prestaba su consentimiento; el mismo cuestionamiento padece la inseminación homóloga, una vez fallecido el esposo, aunque se agrega la imposibilidad sucesoria del nacido según el art. 3290 del Cód. Civil, que requiere estar concebido al tiempo del fallecimiento del causante.

Por tanto, tampoco he de ocuparme ahora de los probables nuevos casos de causación de daños a que pudiera dar lugar la situación bajo análisis (como el contagio de enfermedades hereditarias, no detectadas por el centro de crioconservación o el genetista, pudiendo haberlo sido según el estado de la ciencia y técnica)<sup>6</sup> ni de discusiones como la de a quien pertenece el semen crioconservado luego de fallecido su depositante, toda vez que parece indiscutible su condición de “cosa” (nota al art. 2312, Cód. Civil), frente a la previsión legal del art. 3410 del Cód. Civil<sup>7</sup>. He de decir, sí, que en el caso de fecundación en el seno materno mediante la utilización de semen del marido aportado por medios artificiales, el hijo concebido será considerado como habido durante el matrimonio en los términos de los arts. 240 y 243 del Cód. Civil, si naciere dentro de los trescientos días posteriores a la disolución, anulación o separación personal o de hecho de los esposos<sup>8</sup>.

---

tenimiento en vigor de la legislación impugnada”. En los casos “Loayza Tamayo”, *Reparaciones*, 27/11/98, p. 90 y 92, y “Castillo Páez”, *Reparaciones*, 27/11/98, p. 76, la Corte IDH adopta un concepto de familia “flexible y amplio” (“todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano”) y creó el “daño patrimonial familiar”. Ver también, p. 49, laudo arbitral, 13/4/10, “Giovannelli” (los que conformaban el “núcleo familiar afectivo”). Dejo de lado una pregunta mortificante que es, “cuál proyecto de vida” y en qué medida “merece” protección de la ley, si pone en riesgo un derecho de “otro”; en el caso concreto del embrión que habrá de ser el niño, sin padre o sin madre, o sin ambos, que viene a satisfacer, precisamente, ese “proyecto vital”. Y, según me parece, cuando el principio de “libertad” se exacerba, no cabría —como principio— protección jurisdiccional. Algo —mucho o todo— de esto hay en las demandas y fallos que autorizan la fecundación *in vitro* heteróloga en parejas del mismo sexo.

<sup>6</sup> Supuestos que se engloban en los casos llamados de “vida perjudicial” o *wrongful life cases*, entre los que adquirió notoriedad el caso “Perruce”, en Francia, en que la Corte de Casación admitió la demanda contra los médicos y laboratorio que no advirtieron los padecimientos del feto, afectado por rubéola, lo que privó a la madre de la opción por interrumpir el embarazo; con posterioridad, la Asamblea Nacional, en enero de 2002, anuló el “derecho a no nacer” elaborado a partir del caso “Perruce”.

<sup>7</sup> Cabe recordar aquí lo resuelto por la Corte de California en el caso “Hetch”, que pretendió utilizar semen crioconservado del fallecido señor William E. Kane —que había autorizado su entrega a la actora—, cuyos hijos se negaron a su utilización fundados en que se afectaban valores tradicionales de la familia, oposición que no les fue atendida.

<sup>8</sup> Art. 243. “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”.

La inseminación heteróloga genera varios cuestionamientos no sólo en orden a la paternidad, sino a los deberes de fidelidad que rigen el matrimonio; sin perjuicio de considerar que los gametos de terceros han sido considerados “cosas riesgosas o viciosas”<sup>9</sup>; por la misma razón antes apuntada, excluyo estas consideraciones de la investigación en curso, aunque cabría distinguir la situación en que el marido consiente la utilización de aportes de tercero, en cuyo caso afectaría los derechos sucesorios de terceros (entre ellos, sus propios hijos, en tanto deban repartir la herencia), cuestión que se asimila a los efectos sucesorios en la adopción plena (arts. 240, párr. 2º, y 323, Cód. Civil).

En cuanto al “depósito” de los embriones sobrantes, luego de una fertilización *in vitro*, mucho se asimila al contrato de su mismo nombre, y cabría desestimarlos en razón de la naturaleza humana que revisten, y en función de su dignidad, tal como el art. 78 del Cód. Civil, desestimaba la constatación judicial del embarazo de la mujer, “ni el depósito y guarda de la mujer embarazada”. Ha de recordarse que el art. 206 del Cód. Civil, facultaba al juez en la demanda de divorcio o, aún, antes de ella, a disponer “el depósito de la mujer en casa honesta”; aquella “cosificación” de la persona humana que parecía extinta en los oscuros pliegues de la historia, se vivifica en su versión actual, la de los embriones humanos, infinidad de los cuales servirán para que el desarrollo de la ciencia y de la técnica dé nuevas oportunidades a los seres humanos en su pretensión de longevidad e inmortalidad. El ser humano completo, cuyas células iniciales contienen todos los datos, en tanto no sirvan para la “reproducción” o para nuevas investigaciones, serán destruidos y ni tan siquiera integrarán las fosas comunes de los héroes de tantas batallas que, al fin y al cabo, reciben el reconocimiento póstumo de haber sido útiles para alguna causa<sup>10</sup>.

En la opinión de Zannoni, la destrucción de un embrión humano es “aborto”, esté dentro o fuera del seno materno<sup>11</sup>. En rigor, y más allá de la tipicidad penal, se trata de la muerte de “otro” (art. 79, Cód. Penal), en tanto ese “otro” es el sujeto pasivo de la interrupción de la vida, que no otra cosa es el homicidio (“el que matare”).

<sup>9</sup> Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*.

<sup>10</sup> El art. 11, punto 4, de la ley española 14/06, sobre fertilización asistida dice: “4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son: a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) la donación con fines reproductivos; c) la donación con fines de investigación; d) el cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores”. El concepto de “preembrión” nace del informe del Comité Warnock, según el cual, no hay embrión humano antes del décimo cuarto día desde la concepción.

<sup>11</sup> Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación intrauterina*, Bs. As., Astrea, 1978, p. 130 y ss., citado también por Perrino, *Derecho de familia*. No concuerdo con este autor en su afirmación de que no se produce el “aborto” por no encontrarse el embrión en el seno materno, toda vez que, de lo que se trata, no es del “lugar en que se encuentra” sino de la calidad de ser humano que inviste; y si ésta se adquiere “desde la concepción” se sigue que la destrucción de un embrión es la destrucción de una vida humana; como el ser humano “no ha nacido”, entendiéndose por tal que no se ha completado su desarrollo que le permita la vida independiente, no habrá homicidio, en los términos de la ley penal, pero lo habrá en la materialidad de las cosas pues la muerte es una sola; es extinción de la vida.

En el art. 1109 del Cód. Civil se sienta la misma idea: el que “ocasiona un daño a otro”, es decir, tanto “el que ocasiona” como el “otro” son seres humanos en los términos de la propia ley (arts. 63, 70 y correlativos, Cód. Civil).

No puedo, tampoco, escabullir mi opinión en orden a la calificación que quepa asignar a la llamada “maternidad subrogada” o alquiler de vientres. Obligado, por mi anticipada decisión, a dejar de lado ciertas convicciones morales o confesionales en el análisis del discurso jurídico, se ha dicho que esta posibilidad viola el art. 953 del Cód. Civil, en tanto atenta contra las buenas costumbres y el orden público<sup>12</sup>. Difícil es decidir que cosa es, hoy por hoy, “buenas o malas costumbres” en tren de clasificar algunas en uno o en otro casillero; pocos han de atreverse a definir, con precisión, el contenido “actual” del orden público, sin temor a réplicas descalificadoras de quienes no aceptan determinadas “libertades” o de los que las postulan en sentido contrario. Me parece que la tercera vía posible es la del interés de terceros, y así figura en el art. 19 de la Const. nacional; por cierto que tampoco es tarea menor desentrañar cual sería el interés y cuál el tercero, en tren de establecer si un acto, que no tiene definida legalmente una antijuridicidad determinada, entraña la afectación de derechos de terceros.

El alquiler de vientres apunta a establecer un deseo fuertemente arraigado en la pareja humana, que es la procreación; se dan allí elementos integradores de un contrato singular, que pone *a priori* en contradicción un principio tutelar como es el de la identidad, o derecho a la verdad respecto del origen, entre otros de interés, como el de la unicidad de la familia<sup>13</sup>; además, el de onerosidad del encargo, y de la disposición del propio cuerpo. Perrino recuerda que las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1989 resolvieron que “La disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”. Apenas tres años después, en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, de 1992, se sostuvo que “la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio”. En otras palabras, parecía que el orden público apuntaba a proteger “la filiación verdadera”, y que el pago de precio debía considerarse ineficaz.

## 2. La protección de la salud

La Corte federal ha emitido numerosos fallos relativos al derecho a la salud y a la protección de ésta. Considera al derecho a la vida un derecho implícito, y el derecho a la salud como íntimamente relacionado con aquél y con el principio de autonomía personal. Ha dicho que “la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Más importante, me parece a mí, el supuesto restante: “perjudiquen los derechos de un tercero”.

<sup>13</sup> Ver, entre otros, CSJN, 13/11/90, “Muller, Jorge”; íd., 30/9/03, “Vázquez Ferrá, Evelín”; no hace lugar a la extracción compulsiva de sangre con miras a conocer la identidad de origen.

<sup>14</sup> CSJN, 1/6/00, “Asociación Benghalensis y otros c/M. de Salud y Acción Social”, *Fallos*, 323:1339; íd., 13/3/01, “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado nacional”; íd., 24/10/00, “Campo-

En uno de los primeros pronunciamientos sobre el derecho a la vida, sostuvo que “es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes”<sup>15</sup>. Le impone al Estado el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. En el caso “Asociación Benightalensis” se trataba de la ley 23.798 de lucha contra el SIDA, destacando que el legislador había impuesto al Estado el reconocimiento del derecho de las personas portadoras, infectadas o enfermas, a recibir asistencia adecuada.

La Corte federal ha resuelto numerosos casos de amparos requeridos ante la insuficiencia de prestaciones médicas y medicamentos e insumos necesarios para paliar determinadas enfermedades; así, en “Reynoso”<sup>16</sup>, con favorable dictamen de la procuración, se reconoció a la amparista derecho a recibir el 100% del costo de un remedio para su enfermedad (diabetes 1), a cargo del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, aún cuando los anexos del Programa Médico Obligatorio (PMO), sólo comprendieran el 40% de uno de los remedios (Ampliacartil) y no contemplara otros insumos (pañales).

Con fundamento en el art. 1° del decr. 486/02, aún en el marco de la emergencia sanitaria, se “garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud”; agrega, que el inc. d puntualiza que el citado Instituto se encuentra “obligado a asegurar a sus beneficiarios el acceso a las prestaciones médicas esenciales”. Se dejó constancia de la carencia de medios (pensión de \$ 241,30 y los ingresos de su única hija por \$ 150) y la particular situación de la reclamante (anciana de 75 años, en silla de ruedas, con demencia senil e incontinencia de esfínteres), por lo que la opinión favorable al reclamo no importará “anticipar opinión para otros supuestos en que no concurren las circunstancias de extrema necesidad que se dan en el presente caso”.

Es interesante el voto de la doctora Argibay, en cuanto hace referencia a las excusas del Instituto para hacerse cargo de la prestación más allá de lo autorizado por las normas invocadas; dijo que se trata de un ente público no estatal, sujeto a las leyes 19.032, 23.660 y 23.661, y que de aplicarse el criterio sustentado por la amparista, “el Instituto debe hacerse cargo de la situación económico financiera que padece un amplio porcentaje, el que con seguridad supera el 70% de la población laboralmente pasiva de este país, dejaría de ser un agente de salud, desvirtuándose el objetivo de su creación”. Desde que el Instituto no tiene la capacidad de disponer de un modo distinto las prestaciones (darlas en distinta proporción a quienes menos tienen), se impone, dice la juez, “expresar cuáles son las razones en que se apoya esta competencia para redistribuir, es decir, transferir dinero de unos a otros, en función de su condición económica”.

La distinguida juez relaciona los instrumentos internacionales según los cuales el Estado se compromete a asegurar mejores condiciones de vida, salud y vivienda, entre otros, sobre la base de los recursos económicos disponibles (art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y el sistema de salud orga-

---

dónico de Beviacqua, Ana M. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, *Fallos*, 323:3229; íd., “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c/Municipalidad de Buenos Aires”, *Fallos*, 321:1684.

<sup>15</sup> CSJN, “Saguir y Dib, Claudia G.”, *Fallos*, 302:1284.

<sup>16</sup> CSJN, 16/5/06, “Reynoso, Nilda N. c/INSSJP s/amparo”.

nizado por el Estado; en el caso del Instituto demandado, destaca que conforma su patrimonio con aportes del dinero público, por lo que cabría imponer una discriminación en cuanto a las prestaciones otorgadas a quienes menos tienen. Para no escapar del propósito de la cita, aunque luego vuelva sobre algunos aspectos, sostiene la señora juez que en el caso de los insumos que el Instituto no presta a ninguno de los afiliados, el argumento antes expuesto se queda sin sustento, por lo que priva a la actora de la posibilidad de obtenerlos del demandado. Pienso que, en tal caso, y desde que la obligación pesa sobre el Estado, cabría a éste soportar ese gasto aunque, en el caso, no había sido demandado, cosa que sí ocurrió en el precedente que se cita (CSJN, 18/12/03, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo - medida cautelar”)<sup>17</sup>.

En la causa “Lifschitz”<sup>18</sup>, con remisión a los fundamentos del procurador general, la Corte ordenó que se proveyera a un discapacitado, menor de edad, asistencia educativa y los medios de transporte necesarios con anclaje en las leyes 24.431 y 24.901 y el decr. 762/97, que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o las obras sociales no puedan afrontarlos. Se dijo también allí que el interés superior del niño, postulado en la Convención respectiva, condiciona la decisión de los jueces según la doctrina de la Corte<sup>19</sup>.

En otro penoso caso, vinculado con una menor afectada de una grave dolencia (atrofia muscular espinal, enfermedad de Werdning-Hoffman, que no tiene cura conocida), por vía de amparo el juez de primera instancia había ordenado a la obra social asistir a la menor en una clínica de la ciudad de La Habana, Cuba, en donde la menor había recibido tratamiento que había mejorado su situación y su calidad de vida; el juez entendió que no había razón para privar de asistencia a la menor si no existía en el país un medio adecuado; la Cámara Federal de Bahía Blanca había revocado, con costas, la sentencia. La Corte requirió información al Cuerpo Médico Forense a resulta del cual se determinó que podía recibir asistencia adecuada en el Hospital Garrahan de la ciudad de Buenos Aires. Con aplicación de los fundamentos dados en el caso “Lifschitz”, sostuvo que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”<sup>20</sup>. Por tanto, hizo lugar al amparo imponiendo a la obra social la obligación de asumir los gastos devengados y los que resultaren del tratamiento que se ordena, a llevarse a cabo en el citado hospital.

En la causa “Monteserin”<sup>21</sup>, que trata de la asistencia requerida por el actor para su hijo adoptivo, menor de edad, discapacitado (parálisis cerebral), reiteró la Corte

<sup>17</sup> CSJN, *Fallos*, 326:4931.

<sup>18</sup> CSJN, 15/6/04, “Lifschitz, Graciela B. c/Estado nacional s/amparo”, *Fallos*, 324:122.

<sup>19</sup> *Fallos*, 322:2701 y 324:122.

<sup>20</sup> CSJN, 23/11/04, “M. S. A. s/materia: provisional s/recurso de amparo”. Como carga del Estado a la protección primaria de la salud, en el caso, de un niño. CSJN, 8/6/04, “Martín, Sergio G. y otros c/Fuerza Aérea Argentina –Dirección General de Bienestar Personal Fuerza Aérea– s/amparo”.

<sup>21</sup> CSJN, 16/10/01, “Monteserin, Marcelino c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”.

los principios antes apuntados (derecho a la vida y a la salud) y sostuvo que a partir de la vigencia de los instrumentos internacionales celebrados por el Estado, “ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (*Fallos*, 321:1684 y 323:1339)”. Y que no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades –públicas o privadas– “pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños” (*Fallos*, 323:3229).

En la causa “Orlando, Susana B.”, en que la actora requería por vía de amparo contra el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires la provisión de medicamentos para la afección que padece (discapacidad visual y motora por esclerosis múltiple), dispuso como medida cautelar la inmediata entrega de aquéllos<sup>22</sup>. En la causa “Álvarez”, en la que el actor invoca estar afectado, en forma congénita, de paraparesia (con atrofia de tibia y peroné) y en consecuencia haber sido declarado incapaz, la Corte ordena a la provincia de Buenos Aires y al Estado nacional, como medida cautelar, que en el término de cinco días y bajo apercibimiento de aplicar astreintes, acuerde al actor el tratamiento médico y los elementos ortopédicos solicitados<sup>23</sup>.

Me parece útil recordar aquí, repasando el voto del doctor Maier, del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la causa “T., S.”, que en rigor, el derecho constitucional a la salud finca en el principio y derecho de autodeterminación, que pone en juego una alternativa que permite salvaguardar, responsablemente, ese derecho propio frente a otro de mayor rango como, en el caso, era la vida de su hijo anencefálico, aunque su supervivencia luego del parto devenía imposible por causa de su mal, a tal punto que los médicos informaron que, en situaciones semejantes, ni tan siquiera se presta auxilio neonatal. Tremenda decisión personal que el ilustrado magistrado, con razón, no se atrevió a definir. Y me permito recordar, en tanto puede ser útil tenerlo presente en la temática que abordo aquí, las palabras del Papa Juan Pablo II, en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae* que el fallo cita, con particular referencia al “encarnizamiento terapéutico”: “La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”. Ese fallo fue confirmado por mayoría por la Corte federal, por lo que autorizó la interrupción del embarazo que pondría fin, por la naturaleza de la enfermedad, la vida del *nasciturus*. Debo confesar que los argumentos de la minoría me parecen decisivos pues, en todo caso, si de tiempo y vida se trata, la autorización dada era el modo más directo de acortarla, lo que no se concilia suficientemente con el derecho a la vida.

He repasado la jurisprudencia de la Corte federal en busca de un fallo específico que ilumine la aplicación de los principios jurídicos en el caso de la fertilización asistida, y no he logrado identificar ninguno. Tengo para mí que la cuestión está pendiente de decisión en el alto tribunal que, me permito suponer, debe estar esperando una decisión del legislador, antes que emitir opinión en cuestiones donde lo ético y lo moral condiciona las soluciones jurídicas en ausencia de normativa clara y específica.

<sup>22</sup> CSJN, 4/4/02, “Orlando, Susana B. c/Estado nacional y otro s/amparo”.

<sup>23</sup> CSJN, 12/7/01, “Álvarez, Oscar J. c/Provincia de Buenos Aires y otro s/amparo”.

ca. La fuerza normativa de la Constitución, como quería Bidart Campos, “con ley, sin ley, contra la ley”, no es sencilla en tren de ponderar derechos fundamentales, todos los cuales –a salvo el de la propia vida– no pueden considerarse como absolutos.

Consigno aquí otra cuestión de singular interés, cual es el “alcance” de la prestación médico asistencial debida, que no puede ser otro que la disponible, en cuanto a medios y remedios, según el estado de la ciencia –*lex artis ad hoc*– en el lugar y circunstancias de la prestación médica, tal como postulara la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de abril de 1994 y posteriores<sup>24</sup>.

En ese marco de responsabilidad médica es esencial tener en cuenta la antijuridicidad de la conducta pues, más allá de existir una prestación de diligencia –obligación de medios– ésta no se puede limitar o reducir a las “prestaciones mínimas” sino a las necesarias que se encuentren disponibles según el adelanto de la ciencia y de la técnica; con mayor razón cuando la actuación persigue un *opus* cuya consecución se aproxima bastante a una obligación de resultado<sup>25</sup>. De ese modo, la antijuridicidad como elemento o presupuesto necesario de la responsabilidad civil, tendrá sustento sistemático con apego a lo que acostumbra suceder según la naturaleza de la obligación y el curso natural y ordinario de las cosas (correlación entre los arts. 512 y 901, Cód. Civil)<sup>26</sup>. Ya la Corte federal lo había dejado claro, a mi modesto entender, al resolver en la causa “Amante, Leonor”<sup>27</sup>; dijo allí que “encontrándose comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona –preexistentes a todo ordenamiento positivo– no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina”; y, en orden a los medios, en “Schauman de Scaiola” sostuvo que la prestación médica no es “una mera yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial”<sup>28</sup>.

### 3. Enfermedad y salud reproductiva

Bajo este título intentaré conciliar dos cuestiones que tienen particular atinencia en el caso en estudio. Por un lado, si existe “enfermedad” y, en consecuencia, un estado que ponga en crisis el derecho a la salud ampliamente reconocido; por otro, si el vacío legal –al menos en el orden nacional– por inexistencia de una regulación específica sobre los tratamientos de la infertilidad, puede impedir las soluciones desde la óptica de los derechos implícitos (art. 33, Cont. nacional y art. 29, inc. c, Convención Americana sobre Derechos Humanos), asidos al derecho a la vida y a la salud<sup>29</sup>, así como los numerosos instrumentos internacionales suscriptos por la Re-

<sup>24</sup> STS español, 26/6/80 y 15/1/86.

<sup>25</sup> Galán Cortés, Julio C., *Responsabilidad civil médica*, en “La responsabilidad civil profesional”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 181 y siguientes. Distingue allí entre medicina curativa o asistencial y medicina voluntaria o de satisfacción; en esta última se acentúa la obligación de medios.

<sup>26</sup> Ver *Responsabilidad médica y causalidad*, LL, 2003-E-1031.

<sup>27</sup> CSJN, 24/10/89, “Amante, Leonor y otros c/Asociación Mutual Transporte Automotor AMTA y otro”, *Fallos*, 315:1953.

<sup>28</sup> CSJN, 6/7/99, “Schauman de Scaiola c/Santa Cruz”.

<sup>29</sup> Conforme se indica en la sentencia, se habrían presentado en el Congreso Nacional los siguientes proyectos: 3127-D-2008 Vargas Aignasse: de ley. Fertilización asistida; 3465-D-2008 Villaverde: de ley. Reproducción humana médicamente asistida; 4008-D-2008 (TP 94) Alfaro: de ley. Infer-

pública, con sustento en el art. 75, inc. 22, Const. nacional<sup>30</sup>. Es evidente que la “ley” no es todo el derecho y, menos, si está en pugna con la Constitución, o guarda silencio (art. 31, Const. nacional; art. 16, Cód. Civil).

En cuanto a qué debe entenderse por enfermedad, supone realizar, como dice Catalina E. Arias de Ronchietto, “la ardua redefinición de los conceptos de salud y enfermedad”. En primer lugar, aunque no haya ley en nuestro ordenamiento interno que defina a la infertilidad como enfermedad, va de suyo que la existencia de una dolencia no requiere de una ley que se refiera a ella, de donde el concepto ha de extraerse de otras consideraciones externas al ordenamiento positivo. En los términos auspiciados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>31</sup>. Aunque no define enfermedad sino “salud”, la definición no ha sido modificada desde 1948. Por tanto, cualquier patología que altere ese completo estado de bienestar puede ser considerado enfermedad; conforme al principio protector, en la duda la sintomatología indica enfermedad<sup>32</sup>. De allí, se puede seguir que los supuestos de infertilidad, masculina o femenina, que frusten el deseo de la pareja a la paternidad, dentro o fuera del matrimonio, constituyen una anomalía que permite considerar a la situación como contraria al estado de bienestar que se define como salud. La salud reproductiva se ha definido como un “estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos”<sup>33</sup>.

Existe normativa específica en el ámbito local; así, la ley 13.066 de la provincia de Buenos Aires, llamada de “Salud reproductiva y procreación responsable”, en su art. 1 establece: “Créase en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el programa provincial que garantiza las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la salud reproductiva y la procreación responsable. La presente ley encuentra su sustento jurídico en el art. 16, inc. e de la ley nacional 23.179 y en el derecho humano básico de toda persona a mantener y restituir su salud, como también a proteger a la familia, considerada ésta como una sociedad natural existente antes que el propio Esta-

---

tilidad; 4931-D-2008 (TP 117) Gutiérrez, Sylvestre Begnis, Genem, González (NS) y García de Moreno: de ley. Procreación humana asistida; 1437-D-2008 Camaño: de ley. Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida, entre otros. En la legislatura bonaerense, los siguientes: por el diputado Juan C. Juárez (CC); proyecto de la diputada Graciela Rego (FPV-PJ); proyecto del diputado Luis A. Bruni (UCR), entre otros (CContAdm San Martín, 30/12/08, “Q., M. T. c/Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires –IOMA–”, *Lexis*, 70051970).

<sup>30</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 11, inc. f. Además, de normas de cierta generalidad como la ley 23.179, art. 16, inc. e, y ley 26.485, sobre protección integral de las mujeres, art. 3, inc. e, art. 6, incs. a y d, que tutelan la libertad reproductiva de la mujer.

<sup>31</sup> Preámbulo de la Constitución de la OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19/6 al 22/7/46, firmada el 22/7/46 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, n° 2, p. 100), y entró en vigor el 7/4/48, sin que hubiere sido modificada hasta la fecha.

<sup>32</sup> Achával, Alfredo, *Medicina legal*, Bs. As., La Ley, 2009, t. II, p. 673.

<sup>33</sup> Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, cap. VII; citado en el voto de la doctora Ana M. Bezzi (CContAdm San Martín, 30/12/08, “Q., M. T. c/Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires –IOMA–”, consid. 4).

do”<sup>34</sup>. El art. 6 dispone: “El Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) incorporará dentro de su cobertura médico asistencial las prestaciones médicas y farmacológicas referidas a los métodos conceptivos y anticonceptivos no abortivos y de carácter transitorio y reversibles, que al efecto fije la autoridad de aplicación de la presente ley”. No hace distinción alguna en orden a los citados métodos de concepción<sup>35</sup>.

En aplicación de esta normativa, la Cámara resolvió en vía de amparo, dirigido contra IOMA, la concesión de los procedimientos de fertilización asistida, su costo y el de los procedimientos consecuentes; se trataba de una pareja matrimonial en la que la esposa padecía una “disminución de respuesta ovárica”, a lo que se añadió luego malformaciones en los espermatozoides de su marido; luego de cuatro fallidos tratamientos de fertilización uterina intentaron dos de fertilización *in vitro*, en distintos establecimientos y con cuatro meses de distancia. Posteriormente intentaron otros dos mediante la técnica ICSI, también con resultado negativo. En todos los casos usaron de sus propios medios económicos y aportes financieros de terceros. Es así que requerido el IOMA demandado, negó las prestaciones alegando que el procedimiento no estaba comprendido en el Plan Médico Obligatorio (PMO) ni en las prestaciones del Instituto. El juzgado de primera instancia (La Matanza) requirió informe pericial a fin de discernir si el tratamiento pretendido era el indicado y los daños que pudieran resultar en caso de no llevarse a cabo; se indicó que era el correcto y que debía llevarse a cabo a la brevedad. La Fiscalía de Estado, en representación del Instituto, planteó entre otras cuestiones, dos que son de interés destacar; una, que la imposibilidad de concebir de los actores era “biológica”, debiendo entenderse por tal la inexistencia de una enfermedad; otra, la relativa a los embriones que no hubieran de utilizarse.

El juez de la primera instancia rechazó la medida cautelar requerida pero hizo lugar a la acción de amparo y condenó a IOMA a cubrir dos nuevos tratamientos de fertilización *in vitro* por la técnica ICSI, incluyendo los costos de la medicación aconsejada por los especialistas. Para así decidir citó expresamente las disposiciones legales antes indicadas y doctrina de la Corte federal sobre el derecho a la salud. Destacó también, como cuestión de interés, que dos años antes el IOMA había celebrado un convenio con el Hospital Italiano para la prestación del procedimiento de que se trata; concluyó en que la infertilidad es una enfermedad, aportando las características de los padecimientos de ambos cónyuges. La alzada destaca la edad de la esposa (35 años), la generación de un estado psíquico de ansiedad que dificulta todavía más la concepción; que la pericia indica como adecuado el procedimiento a realizar y la necesidad de hacerlo a la brevedad. Destaca la procedencia de la vía del amparo con cita de doctrina de la Corte federal, normas de la Constitución de la

---

<sup>34</sup> El art. 16, inc. e de la Convención, dice; “1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ... e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

<sup>35</sup> En el orden nacional, este criterio no ha sido compartido por algunos tribunales, como resulta del fallo de la CNCivComFed, Sala 1ª, 16/4/09, “C., L. M. y otro c/Organización de Servicios Directos Empresarios –OSDE–”.

provincia y precedentes de la misma Cámara<sup>36</sup>. Cita específicamente el art. 6 del decr. 2327/03, reglamentario de la ley provincial 13.066, el que dispone que el IOMA “deberá desarrollar un programa que de cumplimiento a los objetivos establecidos por el art. 2 de la presente reglamentación, incorporando la cobertura de los métodos previstos en el programa provincial en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones”. El art. 2 se refiere a la demanda de métodos conceptivos y anticonceptivos, sin precisar su alcance, con lo que la Cámara aplica el antiguo adagio (*ubi lex non distingue nec nos distinguere debemus*) y cita precedente. Revoca la sentencia en cuanto a la limitación a los dos tratamientos aceptada en la sentencia de primera instancia y la confirma en lo demás que decide. En el voto del doctor Echarri se postula, con ajustado tono poético, que “el derecho a la salud reproductiva, no puede sospecharse que no integre el concepto jurídico amplio de derecho a la salud”<sup>37</sup>. Lamentablemente nada se dice sobre los eventuales embriones sobrantes, respecto de los cuales el juez de la primera instancia remitió a las concepciones morales de los actores, cuestión que no satisface de modo suficiente su protección. Me referiré luego a esta cuestión al considerar otro fallo vinculado al tema en estudio.

#### 4. Los intereses en pugna

Frente al deseo de la paternidad frustrada por las vías naturales se yergue la oposición de los entes de salud a atender los procedimientos de fertilización que implican una mayor complejidad y el costo consiguiente. El argumento habitual es que no han sido previstos por el Plan Médico Obligatorio, organizado en las leyes 23.660, 23.661 y 24.754 y que, a todo evento, el mayor costo de la medicina primaria comprometida afectaría el derecho de los restantes afiliados y prestatarios de los entes de salud. Se suma a las objeciones de tipo económico otra de singular trascendencia vinculada al destino de los embriones sobrantes en el proceso de fertilización llamados “supernumerarios”, respecto de los cuales la inexistencia de normativa pone en crisis los principios sustentados en el Código Civil en orden al comienzo de la existencia de la persona y los protectorios contenidos en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales que con ella comparten la supremacía jurídica, la mayoría de ellos consignados en el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

Respecto de ambas cuestiones es de interés citar el siguiente fallo<sup>38</sup>. Se trata de un caso en que los esposos actores reclaman en contra del IOMA y de una Obra Social Municipal –la que no ha sido concretamente demandada pero ha participado del proceso y su recurso ha sido desenvuelto por la alzada–, que les suministre los tratamientos de fertilización asistida necesarios “a fin de permitir a la pareja impenetrante tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo”, a fin de que con selección de un embrión no portador de la enfermedad granulomatosa crónica que afecta al nacido y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo, “intentar

<sup>36</sup> Causas 10, 17/8/04, “Cardei”; 892, 20/2/07, “Puglisi”; 930, 3/4/07, “Asencio, A. G.”; 961, 13/5/07, “Labanca”.

<sup>37</sup> Considerando 7, en donde recuerda la letra de la zamba de Hamlet Lima Quintana, *Zamba para no morir*, en donde se dice con evidente propósito de perpetuación en las personas de los hijos, “en el hijo se puede volver, nuevo”.

<sup>38</sup> CFed Mar del Plata, 29/12/08, “L., H. A. y otra c/Instituto de Obra Médico Asistencial –IOMA– y otra”, *Lexis*, 70050777.

su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica”, con el objeto de lograr así la cura de la enfermedad que padece. Esto es, que las técnicas de fertilización asistida que se pretende, deben lograr y seleccionar un embrión “histoidéntico” al del niño nacido, a fin de que, una vez dado a luz el embrión, puedan extraerse células hematopoyéticas progenitoras y ser trasplantadas al primero como procedimiento de cura del mal que lo afecta. En palabras llanas, el niño por nacer debe ser portador de la cura de su hermano mayor.

IOMA se opuso a la demanda de amparo sosteniendo, en lo que me interesa destacar, dos cuestiones esenciales; una, que la práctica que se requería exigía determinar un embrión con histocompatibilidad con el niño nacido, lo que obligaba a descartar embriones sanos; y otra, que se trataba de un procedimiento experimental cuya prestación no estaba prevista ni se encontraba obligado a suministrar. En este sentido, sugirió que se buscara otra vía terapéutica, recurriendo al INCUCAI a fin de obtener células hematopoyéticas generadoras, y en los términos de la ley 25.392 y de la res. 309/07. En cuanto al alcance del débito de las demandadas, la Cámara cita opiniones de doctrina según las cuales las entidades prestadoras de servicios médicos no pueden limitar su cometido en términos exclusivamente económicos, en razón de que “el derecho a la salud responde al interés general”. Cita a Trigo Represas para quien las entidades prestadoras no difieren sustancialmente, en tanto se dan los requisitos de que exista una empresa que se compromete a dar servicios de medicina; que la prestación está sujeta a una condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el beneficiario y que exista un pago anticipado. Sostiene que la diferencia entre el ente de obra social y el de medicina prepaga, consiste en que en el primero los afiliados son cautivos y, en el segundo, depende de las afiliaciones voluntarias. En orden a este aspecto pecuniario, la Cámara, con cita jurisprudencial, concluye en que la prestación requerida es obligatoria para la obra social municipal, “aun cuando se trate de supuestos excluidos expresamente de su estatuto o reglamento”<sup>39</sup>. Sostuvo también la Cámara que no se probó que en virtud de la prestación que se le imponía, la obra social debiera desatender pretensiones de otros afiliados, expresamente previstas, como se alegó, y citó un precedente anterior.

En cuanto al carácter experimental del procedimiento pretendido, la Cámara relaciona la certificación expedida por médicos del Hospital Garrahan, conforme a la cual el trasplante de precursores hematopoyéticos es una opción terapéutica válida y curativa para la enfermedad y que “existe consenso en que las fuentes de precursores hematopoyéticos histoidénticos relacionados (familiares del receptor) representan la primera opción al momento de elegir donantes para este tratamiento”. No cabe duda en que la cuestión es novedosa, pues la fecundación pretendida apunta, cuando menos, a un doble propósito; por un lado, el deseo de tener otro hijo; y por el otro, que este hijo, revista determinadas condiciones que le permitan aportar a su hermano medios de curación posibles de su dolencia. Nadie podría, en mi honesto juicio, reprochar a los padres que intentaran recurrir a medios extraordinarios para

---

<sup>39</sup> CNCiv, Sala E, 21/12/99, “R. R., F. M. c/Centro Gallego de Buenos Aires s/amparo”, *ED*, 188-345, citado por CNCiv, Sala A, 14/4/03, “S. de B. A., R. M. c/Omint SA”, *ED*, 204-168; SCJ Mendoza, Sala 1ª, 16/9/05, “Sarmantano, Carolina V. c/Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza”, *LLGC*, 2006-762 y *LLGC*, 2006-378.

curar a su hijo; está en la naturaleza humana que hicieran lo necesario para lograr su propósito.

En cuanto al nacimiento “subordinado” de un nuevo ser, para asistir al nacido, la cuestión amerita razonamientos que exceden el propósito de este trabajo aunque no puedo dejar de recordar aquel fallo singular de la Corte federal dado en “Saguir y Dib”, en donde una menor de edad, próxima a cumplir la edad requerida para ser donante de órganos, se sometió por propio impulso de amor fraterno a pruebas previas de histocompatibilidad y, a sus resultados, debió recurrir a la justicia para que allanara el tiempo faltante (seis meses) para poder donar a su hermano uno de sus riñones. Es verdad, que el caso difiere en tanto ahora se intenta concebir un nuevo ser “para que” sus células puedan aportar la cura de su hermano. La genética, la biotecnología y los nuevos desarrollos de la medicina harán nuevos y constantes aportes que pondrán en tensión las convicciones morales y jurídicas de este tiempo; por ahora, sólo la imaginación puede sugerir cuál será el pensamiento del niño así nacido y en qué medida su venida al mundo le haya deparado felicidad o complacencia ante tan singular motivo de existencia. También para él regirá el “interés superior” que preside la Convención sobre los Derechos del Niño, que la Cámara invoca para sostener la curación del ya nacido. La Cámara hace mérito de las peritaciones rendidas, que pontifican el análisis pre implantatorio, y deja asentado que se trata de un método curativo no experimental y, también, que la enfermedad que se intenta curar es infrecuente<sup>40</sup>.

En cuanto a los embriones sobrantes, luego de sustentar la condición de persona desde la concepción, y de referir la ausencia de regulaciones legislativas en orden a su disposición, como existe en España y otros países, y de recordar las posiciones doctrinales acerca de la existencia misma de la nueva vida como persona, adopta aquella postura de la Corte federal (concepción, unión de los dos gametos); afirma que autorizar el “descarte” de los embriones implica un atentado contra su vida, y su “utilización en el campo experimental”, un atentado a la dignidad humana; conclusiones, ambas, que por cierto comparto. Propone la crioconservación del embrión en tanto se decide una nueva transferencia a la mujer, y hasta tanto exista una disposición legal que los ampare; así como sugiere la adopción de los embriones cuando por circunstancias ajenas a su voluntad no puedan ser utilizados por sus padres en la implantación pretendida.

En cuanto a la cita de la ley española 14/06, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dejo sentado el reparo que surge de haber instituido el concepto de “preembrión” –nacido del informe del Comité Warnock, según el cual no hay “embrión” humano sino a partir del día 14 de la concepción–, sobre el que se autoriza el examen preimplantatorio, de utilidad para “elegir” embriones no afectados de enfermedades transmitidas por sus progenitores, de donde los “afectados” habrán de ser descartados.

---

<sup>40</sup> Luego de destacar que el tema es preocupante, concluye el juez preopinante: “Y no se trata de crear con ello una subcategoría de seres humanos esencialmente destinados al bienestar de algunos, sino de coadyuvar a dar vida a otro ser humano que además de la propia finalidad que tendrá por el sólo hecho de venir a este mundo se le sumará otra más trascendente como lo es el estar destinado a paliar las graves secuelas de la enfermedad que padece en la actualidad quien será su futuro hermano”.

En el voto de uno de los magistrados, se sostiene “que debemos los jueces alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el derecho, única premisa a la que está obligado el juez, por más dura que pueda parecer y alejada –asimismo– de todos los aspectos sociales que la sociedad pueda o quiera imponer respecto de esta cuestión, puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos”. No comparto esta conclusión positivista del derecho, que olvida su sustento moral. El Estado debe ser neutral respecto de las posturas autorreferentes de los habitantes pero, en materia de relaciones jurídicas, la norma debe orientar las conductas hacia las situaciones valiosas y trascendentes, teniendo fundamentalmente en cuenta los derechos de terceros, que es el límite constitucional de la libertad individual. El mismo juez que así opina, sugiere que los embriones sean utilizados “con fines reproductivos o con fines de investigación”. Sin perjuicio de ello, en el acuerdo se resuelve decretar “medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción”; dispone que cualquier medida sobre ellos será tomada por el Poder Judicial, interesando al Ministerio Público en la alternativa de una posible aplicación del instituto de la adopción, así como la gestión de los medios económicos necesarios para la crioconservación de los embriones.

## **5. Las prestaciones médicas obligatorias**

A lo antes apuntado en cuanto al contenido de las prestaciones a cargo de las entidades de salud, es de utilidad recordar expresiones de una de las jueces de la Corte federal que, específicamente, se pronunció sobre ello. Dijo la doctora Argibay, que “El sistema mediante el cual la República Argentina procura satisfacer el derecho a la salud de sus habitantes está organizado sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un tercer esquema de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares. La norma más abarcativa que se ha dictado es la ley 23.661, cuyo art. 51 hace referencia a la seguridad social (incs. *a* y *b*) y, menos claramente, a la asistencia (inc. *c*). Por su parte, las empresas de medicina prepaga tienen, en principio, al contrato con el afiliado como base, aunque con una importante restricción introducida por la ley 24.754 que las obliga a garantizar el programa mínimo obligatorio. La diferencia más relevante entre los sistemas que he mencionado como seguridad y asistencia social es que el primero tiene la forma de un seguro que se financia mediante cuotas que deben pagar los beneficiarios, mientras que el segundo es solventado íntegramente por el dinero público y, en general, estaría previsto para las personas carentes de recursos económicos (reglamentación del art. 5, c, ley 23.661, dispuesta por decr. 576/93)”.

Agrega en el consid. 9° de su voto que “El régimen legal general de las obras sociales fue introducido mediante la sanción de la ley 23.660, aunque algunas obras sociales tienen una regulación legal especial, como es el caso del INSSJP que se encuentra organizado y regulado por la ley 19.032. Si bien las obras sociales se financian (principal, pero no exclusivamente) mediante el pago de cuotas por sus afi-

liados y esto la diferencia de la pura asistencia social, la relación entre la cuota y la cobertura no tiene una correlación actuarial entre riesgo y prima, como sucede en general con los contratos de seguro. La cuota está fijada como un porcentaje del salario que percibe el afiliado (art. 16, *b*, ley 23.660), es decir, los aportes son diferenciales aunque la cobertura es, en principio, la misma para todo el universo de afiliados. Por lo tanto, las obras sociales tienen, parcialmente, una función distributiva o asistencial en favor de los afiliados que pagan cuotas más bajas y de los que presentan un mayor riesgo de enfermedad, pues son tratados igual que quienes pagan cuotas más elevadas y que quienes, por ser más sanos, demandan menos recursos de la obra social. Este efecto distributivo encuentra respaldo en el art. 21 *in fine*, de la ley 23.661 (que se refiere a la ‘justicia distributiva’ en general, pero no alude de manera expresa a criterios de distribución que tengan en cuenta, por ejemplo, la situación económica de los afiliados)”.

En cuanto al Instituto que cubre las necesidades de los jubilados y pensionados, agrega en el consid. 10, que “Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, creo que, cuando se trata del INSSJP, que recibe el financiamiento público dispuesto en el art. 8, *k* de la ley 19.032, la capacidad adquisitiva del afiliado *debe* ser un dato a tomar en cuenta. Como este deber del INSSJP tiene carácter jurídico y, concretamente, apoyo en el derecho federal (régimen de la ley 19.032)”, se inclina por aceptar la pretensión de la actora en el caso, coincidiendo con la opinión del procurador fiscal, en cuanto a que la situación de carencia económica debe ser tomada en cuenta por el INSSJP a efectos de otorgar cobertura sanitaria a sus afiliados.

La claridad de la exposición me ha parecido decisiva para declarar que el argumento utilizado por las entidades demandadas en el sentido de que las prestaciones requeridas y no previstas como prestaciones mínimas obligatorias, las colocarían en dificultades económicas, darían lugar al aumento de las cuotas a los afiliados o el incumplimiento de las prestaciones previstas, resultan inaceptables pues, en todo caso, deben ser cubiertas por el criterio del riesgo empresarial. La delegación por el Estado de su deber de protección de la vida y de la salud de los habitantes, tantas veces postulado por la Corte federal como “primario y sustancial”<sup>41</sup>, implica un negocio que los entes de salud aceptan desenvolver según pautas más o menos acotadas como prestaciones esenciales, las que no pueden desatenderse con exclusivo anclaje en criterios mercantilistas; al menos, en ausencia de una prueba acabada que ponga en evidencia en cada caso, la imposibilidad de hacer frente a las prestaciones de mayor complejidad, como las que son objeto de este estudio.

También en este aspecto rigen a favor del paciente (“consumidor” de prestaciones de salud) los principios tutelares del régimen especial de protección del consumidor. Como ha dicho la Corte federal, las exclusiones que figuran en las cartillas no pueden aceptarse como regla de interpretación de los contratos en tanto resulta

---

<sup>41</sup> CSJN, 7/2/95, “Toscano, Gustavo C. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 318:38; íd., 12/9/95, “Scamarcia, Mabel y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 318:1715; íd., 31/8/99, “Izaurre, Roque R. c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 322:2003; íd., 20/3/03, “Lema, Jorge H. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”; íd., 27/5/04, “Cura, Carlos A. c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”; íd., 24/11/04, “Cossio, Susana I. c/Policía Federal y otro”; íd., 29/11/05, “Gerbaudo, José L. c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”: “Ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y la seguridad de los gobernados”.

“inadmisible la referencia histórica al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales”<sup>42</sup>. En otro caso, se dispuso que una empresa de medicina prepaga se haga cargo de la prestación de alimentación parenteral, “pues el elenco de prestaciones contempladas en la ley 24.754 no hace ‘acepción de etiologías’, o sea, no remite a la causa de las dolencias”<sup>43</sup>.

En cuanto a las obras sociales, la Corte federal las ha definido como “entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social, y se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios”<sup>44</sup>.

Me parece elemental que las empresas prestadoras de servicios de salud ajusten sus obligaciones al estado de la *lex artis ad hoc*, de cuyo avance debe beneficiarse la comunidad en la medida en que esté allí disponible, afirmación que concuerda con la previsión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto el Estado debe asegurar el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como de procurar su satisfacción “hasta el máximo de los recursos”<sup>45</sup>.

Como se dijo en “Campodónico de Beviacqua”, “el principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1, ley 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades”. Esas obligaciones asumidas por el Estado nacional, “también se extienden a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> CSJN, 16/4/02, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba M. c/Asociación Civil Hospital Alemán”. En el mismo sentido si la incorporación de medicamentos y medios se establece por vía administrativa, CSJN, 27/12/05, “Sartori, Karina M. c/Cemic Empresa de Medicina Prepaga s/amparo”.

<sup>43</sup> CSJN, 9/9/08, “Núñez de Zanetti, Mónica V. c/Famyl SA Salud para la Familia s/reclamo contra actos de particular”.

<sup>44</sup> CSJN, 20/5/08, “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/Provincia de Catamarca s/acción declarativa de inconstitucionalidad”.

<sup>45</sup> Esta afirmación coincide con el propósito consignado en el art. 2 de la ley 23.661, en tanto dispone “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al *mejor nivel de calidad disponible* y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación” (la bastardilla es nuestra). Como se ha dicho “los conocimientos que el estado actual de la ciencia proporciona” (CNCiv, Sala F, 28/7/81, JA, 1982-IV-227).

<sup>46</sup> CSJN, 24/5/05, “Orlando, Susana B. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo”; íd., 11/7/06, “Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/Estado nacional s/amparo”, *Fallos*, 329:2552.

Como sostuvo Lorenzetti, “la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos”<sup>47</sup>.

En cuanto a las asociaciones mutuales, la Corte federal, remitiendo al dictamen de la Procuración General, resolvió que desde que pueden ser agentes del seguro nacional de salud, “se encuentran obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio”<sup>48</sup>.

En un fallo que confirma la sentencia de primera instancia, se condenó a las obras sociales demandadas a asumir la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida por el método ICSI, en las condiciones aconsejadas por el médico tratante de los actores, medicamentos, estudios conexos, previos, simultáneos o posteriores, dejando a salvo el derecho de repetir entre las entidades. Se dijo allí que el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que hagan posible el principio de igualdad de posibilidades a gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario. Se acentúa, así, el carácter de seguro que impera en el sistema de prestación de servicios médicos de las obras sociales<sup>49</sup>.

## **6. Las vías de protección jurisdiccional**

Pese a la restricción que se observa en algunos tribunales a conceder por vía de amparo la protección de derechos fundamentales, con el argumento de tratarse de una vía excepcional o *in extremis*, y sin riesgo, en mi criterio, de que se produzca la “inflación” del amparo, cabe sostener que es la vía principal para lograr la protección de derechos que no admiten demasiada dilación en el tiempo ni requieran una investigación amplia o dificultosa de los hechos que dan sustento a la pretensión. Dentro o fuera del procedimiento abreviado que, a mi juicio, debe leerse con el lente del art. 43, de la Const. nacional, cualesquiera sea la norma que lo implemente, las medidas cautelares son útiles para dar seguridad a la condena. En gran medida, en los casos que motivan este estudio, se convierten en una decisión definitiva en cuanto al fondo de la cuestión pues, es de su esencia, que mediando ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, el juzgador otorgue la protección del derecho violentado.

La Corte federal ha sentado doctrina en orden a estas medidas, sosteniendo que “no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”<sup>50</sup>.

En la temática en estudio y, en general, en cuestiones que vinculan el derecho a la vida y a la salud, es difícil adaptarse a la regla elaborada por la propia Corte, según la cual la vía cautelar no debe conceder en su totalidad el contenido de la pre-

<sup>47</sup> CSJN, 31/10/06, “Estado nacional c/Gobernación s/acción de amparo”.

<sup>48</sup> CSJN, 1/4/08, “Chamorro, Carlos c/Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/amparo”.

<sup>49</sup> CFed Mar del Plata, 29/12/09, “R., M. V. y otro c/OSPE y OMINT s/amparo”.

<sup>50</sup> CSJN, Fallos, 306:2060; 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877.

tensión articulada<sup>51</sup>. Ciertamente que, en esos casos, la vía cautelar se transforma en la más específica y a menudo útil de la decisión autosatisfactiva<sup>52</sup>. Peyrano entiende por tal un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables “que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar por más que en la *praxis* muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”<sup>53</sup>. En tales supuestos, bastará adunar en la satisfacción del llamado “cuarto requisito”, que es, como principio, un supuesto de verosimilitud autosuficiente para sostener la pretensión sustancial que se persigue. Kandus, hablando del “cuarto requisito”, siguiendo las propuestas de De Lázari, se refiere a la cautelar innovativa con el fin de “restablecer de inmediato la situación amenazada o en trance de ser lesionada”; se trata de “actuar antes y no después ...consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria de mérito, coincidiendo o haciendo coincidir el contenido de la medida cautelar con el contenido mismo de la sentencia final a la que se aspira”<sup>54</sup>.

Para De los Santos se trata de la exteriorización de la función judicial preventiva “–la más excelsa expresión de la jurisdicción–, que tiende a evitar los perjuicios antes de que se consuman”. Dice la autora, que debe acentuarse el análisis del “cuarto requisito”, esto es, el daño que pretende evitar el solicitante de la medida. Agrega, sin embargo, que “no es prudente limitar la concesión de la medida” habida cuenta la ausencia de regulación legal<sup>55</sup>.

Peyrano y Chiapipini, el primero en gran medida progenitor de la cautelar innovativa en nuestro medio, recuerdan que puede faltar en algunos casos el “perjuicio irreparable” como “cuarto requisito” de procedencia de la medida; lo que interesa es que su aplicación importará “un real mejoramiento del servicio de justicia”; importa ordenar “sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”<sup>56</sup>. Más recientemente, el autor ha dicho que “una orden innovativa puede determinar que el beneficiario de la orden deba hacer algo distinto a lo que hizo o estaba haciendo, en miras a asegurar los derechos del peticionante de la diligencia”, recordando, por fin, que el “cuarto requisito” ha ido cayendo en desuso<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> CSJN, *Fallos*, 320:300, consid. 9, segundo párrafo, entre otros.

<sup>52</sup> “El derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio”; este es uno de los fundamentos que hacen aplicable la vía propuesta (CSJN, 25/8/88, “Rolón Zappa, Víctor F.”). Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Peyrano, Marcos L., *La medida autosatisfactiva y su aplicación efectiva en el campo de la medicina prepaga*, JA, 1999-IV-1243.

<sup>53</sup> Peyrano, Jorge W., *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en “Medidas autosatisfactivas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 13.

<sup>54</sup> Kandus, Cecilia B., *El requisito de la irreparabilidad del perjuicio en la medida cautelar innovativa*, JA, 1995-IV-925.

<sup>55</sup> De los Santos, Mabel A., *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”*, JA, 1996-I-633.

<sup>56</sup> Peyrano, Jorge W. - Chiapipini, Julio O., *Nuevamente en defensa de la medida cautelar innovativa*, JA, 1985-III-6969.

<sup>57</sup> Peyrano, Jorge W., *Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes*, JA, 1995-IV-680.

En los casos que he citado y otros a los que luego he de referirme, la vía del amparo ha sido la transitada, acompañada de medidas cautelares que tienden a obtener lo que la sentencia habría de conferir; de allí que, en buen romance, la cuestión desborda el continente del amparo porque requiere decisiones rápidas y efectivas que lleven a la solución definitiva, aunque es sabido que el trámite, por abreviado que haya sido pensado, nunca se ajusta a las previsiones normativas. Esto plantea, como es fácil advertir, cuestiones que tienen que ver con la igualdad de las partes en el proceso y con el derecho a la defensa en juicio, pues no es posible suprimir la audiencia y prueba del demandado a quien se le atribuye, nada menos, que ilegalidad o arbitrariedad “manifiestas”, respecto de un asunto que puede generar, si no es atendido prontamente, en la pérdida definitiva de una facultad, de un derecho o de una justa aspiración de cualquier ser humano.

Se pone en evidencia, entonces, la necesidad de potenciar la demostración de la suficiencia del derecho, un “algo más” que la mera verosimilitud, como modo de asignar una protección anticipada que conlleva un costo económico que ha de incidir en el patrimonio de la parte obligada. La contrapartida de ese “buen derecho” es la contracautela, en donde la juratoria no resulta a veces suficiente y, la real, incide de modo negativo en la protección del derecho. Al juez corresponde adoptar una decisión que equilibre las posiciones de las partes, tutelando la posición de la demandada sin frustrar el derecho que se invoca y que se quiere hacer valer; esa es la excelente misión del juez.

La cuestión deviene menos angustiosa si el magistrado asume que lo que está en el tapete es un derecho de fuerte raigambre constitucional; a su vez, las empresas demandadas tienen ya la suficiente información acerca de las doctrinas judiciales vigentes, para concretar, con probidad y buena fe, los aspectos negativos que habrían de incidir en la pretensión del requirente. Del lado de la parte actora, la demanda deberá exponer con claridad y suficiencia los hechos, dolencias, vicisitudes, procedimientos cumplidos, análisis, informes y cuanto dato resulte de utilidad para sostener su pretensión y, de modo particular, las razones por las que la demora incide negativamente en la consecución del objeto demandado. Así las cosas, el magistrado imparcial, informado de modo suficiente del tema sobre el que ha de centrar el debate, podrá decidir con justicia la procedencia de la medida, con el rango de auto-satisfactiva o, cuando menos, como comienzo de ejecución de un procedimiento que habrá de desarrollarse en un tiempo relativamente acotado, en el cual podrá arribar a la solución definitiva.

Ha de verse que en distintos órdenes de la vida social se agitan las banderas de los derechos humanos, en actitud que no suele trascender de la mera declamación. Bastaría entender que los tratados internacionales que ha suscripto la República, aún aquellos que no están mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, tienen una obligatoriedad superior a las leyes, con lo que esos acuerdos interestatales, que apuntan a favorecer a los individuos, condicionan la actuación de los poderes públicos en las tres vertientes del sistema. De ese modo se evita el riesgo de incurrir en manifestaciones que no se traducen en la efectiva realización de los derechos (el *efecto útil* tantas veces postulado por la Corte IDH).

En lo que aquí interesa destacar, son numerosos los supuestos en que la Corte ha privilegiado el derecho a la vida y a la salud del amparista. Así, entre muchos, ha

dicho que “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión de la instancia anterior mediante la que se había concedido la medida cautelar solicitada si la misma tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones”<sup>58</sup>.

En los tribunales inferiores del país no hay una doctrina uniforme en los temas objeto de este trabajo. Así, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, tiene entre sus salas criterios en gran medida contrapuestos. La Sala III, resolvió en un supuesto de fertilización *in vitro*, que en orden a la verosimilitud del derecho, “la falta de una norma específica para cubrir la demanda en materia de fertilización asistida se explica porque los avances de la ciencia médica en ese campo, a menudo, desbordan la tarea del legislador; y porque la incorporación de técnicas de fertilización de alta complejidad requiere de previsiones presupuestarias para financiarlas y de consensos comunitarios para implementarlas, teniendo en cuenta las opciones bioéticas involucradas”<sup>59</sup>. En cuanto al “peligro en la demora”, los actores habían llevado a cabo tres procedimientos previos de inseminación uterina y uno de fertilización *in vitro*, con resultados negativos; la edad de los mismos ponía en riesgo el éxito de la pretensión perseguida (42 y 38 años). La Sala concedió la medida cautelar con la contracautela de fianza real de \$ 5000, que se aproxima a un tercio del costo total de los procedimientos requeridos. Sostuvo que la mera invocación al derecho a la salud no surte eficacia suficiente para la concesión de la medida a la par que numerosas acciones de este tipo podían incidir en las obras sociales y afectar las prestaciones a que están obligadas. Este aspecto del fallo, que no comparto, tiene respuesta suficiente en el punto precedente, pues, o el derecho existe y es merecedor de tutela, o no existe y, en consecuencia, corresponde lisa y llanamente su rechazo hasta tanto la sentencia definitiva sea pronunciada. Tampoco comparto, como principio, que la afirmación de carencia de medios no tenga relevancia en la determinación del juzgador, pues, en todo caso, el derecho existe con expreso reconocimiento de la voluntad del legislador y al amparo del sistema de “seguro” de salud, a que me he referido antes. A todo evento, la fianza real ordenada es sólo un modo de restringir el acceso a la jurisdicción, pues dudosamente la sentencia definitiva quite a los actores legitimidad y andamio a su pretensión; en tal caso, la suma debe serles restituida por carencia de abuso en la invocación de su derecho. El fallo mereció una reserva que en causa similar, cuestionó la contracautela<sup>60</sup>.

En sentido contrario y prácticamente en la misma fecha, la Sala I de ese tribunal, sostuvo que ninguna de las normas vinculadas a la prestación de los servicios de salud (entre ellas, la res. 212/02 y 1991/05, relativa al PMO), llegan “a imponer a los agentes del seguro de salud la obligación de prestaciones asistenciales referidas

<sup>58</sup> CSJN, 20/12/05, “F., S. C. c/Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro s/incidente de apelación”.

<sup>59</sup> CNCivComFed, Sala III, 13/11/09, “G., C. G. y otro c/Osde s/amparo”, causa 9108/09, El Dial 2968, 19/2/10.

<sup>60</sup> CNCivComFed, Sala III, 19/5/09, “Buccafusco, Matilde N. y otro c/Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación s/amparo”, reserva de la doctora Medina, causa 11.682/08.

a la reproducción asistida”<sup>61</sup>. Se dice allí que ninguna de las normas implicadas (leyes 23.660, 23.661, 24.455, 24.754 y ley 25.673 –programa nacional de salud sexual y procreación responsable–), han regulado lo atinente a los adelantos tecnológicos de alto impacto, trayendo a colación una afirmación de Kemelmajer de Carlucci, en el sentido de que es un aspecto relevante en un sistema de asignación de recursos escasos que son susceptibles de usos alternativos; en ese caso, se negó el reintegro pretendido por tratarse de un procedimiento de alta complejidad (FIV-ICSI), desde que la demandada sólo había comprometido prestaciones de mediana y baja complejidad<sup>62</sup>. Por lo antes expuesto, no comparto el criterio allí sostenido. La Cámara dice que las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad, en las políticas de salud, requieren previsiones de financiación y consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas, y remite a un pronunciamiento anterior en que sostuvo que “solamente un marco legislativo es idóneo para contemplar todos los aspectos –jurídicos y éticos– que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos”<sup>63</sup>.

Lo expuesto pone en contradicción la omisión de la ley con la supremacía de la Constitución y de los instrumentos internacionales, ya citados, derogando la construcción pretoriana del amparo trabajosamente elaborada por la Corte federal; “los derechos merecen protección porque están previstos en la Constitución”<sup>64</sup>. Sin que importe postular una u otra vía, he de recordar que la Corte federal ha sostenido que “en la interpretación de las normas legales debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías y los principios de la Constitución nacional”<sup>65</sup>. El argumento esgrimido por la Cámara implica que en ausencia de ley expresa la cuestión no podría ser resuelta (art. 15, Cód. Civil) haciendo tabla rasa con los principios generales y la analogía.

## **7. Mención de casos judiciales recientes**

Es de interés hacer una breve y rápida mirada a los últimos fallos publicados en relación con el tema motivo de estudio. Comenzaré por el dictado por la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, cuyas conclusiones no comparto. El fallo de la primera instancia relaciona que los actores, unidos en matrimonio celebrado en 2005, promueven acción de amparo contra Swiss Medical requiriendo la prestación del tratamiento de fertilización asistida por el método ICSI, y la completa cobertura de los

<sup>61</sup> CNCivComFed, Sala I, 19/11/09, “E., G. S. y otro c/IOMA y otro s/amparo”, causa 11.719/08.

<sup>62</sup> SCJ Mendoza, Sala 1ª, 28/8/07, “Rodríguez Marco, Mirta y otro c/Obra Social de Empleados Públicos –OSEP– s/acción de amparo”.

<sup>63</sup> Se refiere a la causa 7957/08, 30/10/08.

<sup>64</sup> CSJN, “Siri, Ángel”, *Fallos*, 239:459: “Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”.

<sup>65</sup> CSJN, 16/2/89, “Bonsoir, Ramón y otros s/contrabando de estupefacientes”, *Fallos*, 312:185; íd., 10/12/97, “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos”, *Fallos*, 320:2697; íd., 5/11/96, “Echegaray c/Caja de Retiro”, *Fallos*, 319:2610; íd., 14/6/05, “Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad”, causa 17.768.

gastos, remedios y procedimientos, a realizarse en el Instituto Ameris de la ciudad de Bahía Blanca o en otro que se designe y en cantidad necesaria de intentos hasta que se logre la concepción y nacimiento del hijo esperado. Relata que la esposa logró un embarazo en 2006, perdiéndolo por aborto espontáneo; luego logró otro en 2007, que resultó ectópico, concluyendo por aborto terapéutico con la pérdida de la trompa derecha. Que ante la patología que padecen los actores (endometriosis con pérdida de trompa de Falopio, la esposa) y oligoastenozoospermia (el esposo), se les indicó la fecundación asistida por técnica ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides); un primer intento llevaron a cabo en noviembre del año 2007 en el Hospital Francés, sin éxito, y un segundo en el mes de junio de 2008, también con resultado negativo. Sostienen que afrontaron los costos respectivos (entre \$ 13.900 y \$ 15.500 aproximadamente) con sus propios ahorros y que, según su médico, la vía intentada es la recomendable. Intimada la prepaga por carta documento del 13 de noviembre de 2009 a cubrir nuevos intentos, reciben la respuesta negativa fundada en la falta de previsión del mismo en el PMO establecido en la resolución 212/02. Fundan su petición en derecho y sostienen que les asiste el derecho a la salud y el derecho a la procreación. Requerida la demandada en los términos de la ley local de amparo, pide el rechazo de la pretensión, alega la incompetencia de la justicia local, entendiendo que corresponde intervenir al fuero federal, admite la relación contractual con los accionantes y sostiene que la prestación pretendida no está contenida en las obligaciones a su cargo y que el PMO no prevé técnicas de fertilización asistida. Afirma que el mal uso del sistema de seguro de salud terminará por hacerlo desaparecer e invoca una cláusula expresa del contrato que excluye la prestación que se pretende. Invoca también como riesgoso para la madre los intentos hasta lograr el embarazo, lo que puede incidir también en el nacido y cuya atención médica originaría quebrantos financieros, con riesgo de los otros afiliados. En cuanto a la cláusula de exclusión, en el pertinente traslado los actores sostienen que es, además de predispuesta, abusiva y que no contiene especificaciones acerca de su alcance en los términos de la ley de protección al consumidor, y que no debe interpretarse en contra del derecho constitucional a la salud. La causa fue abierta a prueba por el término de diez días, la que concluida quedó en estado de ser resuelta sin necesidad de llamado de “autos”, pues así lo autoriza la ley local<sup>66</sup>. La sentencia se dicta pendiente un informe al Ministerio de Salud de la Nación en que se requiere la remisión de la normativa, que la señora juez indica como de su conocimiento.

En primer lugar, la magistrada postula correctamente la procedencia de la vía de amparo elegida pues, además, el art. 5 de la ley de Chubut lo autoriza “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que permita obtener el mismo efecto en igual o menor lapso”. El desarrollo doctrinario y jurisprudencial se sustenta en el derecho a la salud, de modo genérico, con cita de precedentes de la Corte federal y de los instrumentos internacionales sobre la cuestión; sostiene que la infertilidad es una enfermedad y que impacta negativamente en la salud psíquica de quienes la padecen; hace específica referencia a las circunstancias del caso y a la edad de los actores y cita un precedente<sup>67</sup>. Con cita de otra jurisprudencia define la dolencia de la

<sup>66</sup> El art. 10 de la ley 4572 –ley V, n° 84, del nuevo Digesto Jurídico– establece que vencido el término de prueba se dictará sentencia en el plazo improrrogable de tres días. Con relación a la prueba pendiente, el art. 9, en uno de sus párrafos, establece que “La rendida fuera de éste [período de prueba], se agrega a los autos y se valora en la sentencia”.

<sup>67</sup> CFed Mar del Plata, 12/1/10, “U.V.C. c/OSDE s/amparo”.

actora como “funcionamiento anormal del sistema reproductivo”, lo que la emplaza en el estado de “enfermedad”, con los efectos consiguientes en la pareja y la frustración que implica<sup>68</sup>. Sostiene que el hecho de no estar incluido el procedimiento en el PMO, no implica que la demandada no deba dar un adecuado servicio de salud; y que no es atendible esperar que por vía administrativa o legislativa se amplíen las prestaciones acorde al avance de la ciencia médica; en particular, sostiene con indiscutible razón, cuando el tiempo apremia. Entiende, además, que la regulación del contrato de prestación médica con la demandada está sujeta a la ley de protección del consumidor al que califica como de adhesión y de consumo, por lo que han de ser interpretadas en contra de la predisponente. La jurisprudencia que aquí cito confirma claramente esa afirmación<sup>69</sup>.

En cuanto a la alegación del quebranto financiero que implicaría a la demandada satisfacer la prestación reclamada, se sostiene que el punto no tiene demostración en los autos y cita un fallo en el mismo sentido de la Cámara. En cuanto a los presuntos riesgos para la madre y el niño por nacer, refiere testimonial rendida en la causa según la cual no existiría para ninguno. Por fin, concede la vía, imponiendo las costas a la demandada y autorizándola a controlar los procedimientos por medio de profesionales habilitados<sup>70</sup>.

Este excelente fallo, aunque soslaya la cuestión de los embriones “sobrantes”, fue apelado y revocado por la Cámara, con argumentos que, en síntesis, consigno seguidamente. En cuanto a la cuestión de competencia, sostiene la Cámara que precluyó para la demandada la posibilidad de plantearla ante la alzada al no haber interpuesto la queja, una vez rechazado su recurso en ese sentido. En este aspecto, debo consignar que la ley de Chubut no admite el planteo de cuestiones de competencia o excepciones previas, habiéndose asegurado a la demandada el contradictorio. Agrego aquí, en apoyo de esa decisión, que desde que en la demanda se invocó también la ley 25.673, recuerdo que la Corte federal sostuvo la competencia de la justicia local<sup>71</sup>.

En cuanto a la extemporaneidad del amparo alegada por la parte demandada, la Cámara expone su adecuado criterio restrictivo, siguiendo pautas del Superior Tribunal; ante la duda acerca del *dies a quo*, dado por el conocimiento del hecho

<sup>68</sup> CContAdmTrib, n° 6, 20/11/07, “A.M.R. c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, LL, 2008-A-148.

<sup>69</sup> CNCiv, Sala K, 21/2/96, “Gimenez de Rueda, Adela M. c/Asociación Civil del Hospital Alemán y otros s/daños y perjuicios”, Abeledo-Perrot, doc. 10.2677: “el prestador debe estar en condiciones de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial cuando sea necesario y en tiempo oportuno, derivando al paciente cuando ello no sea posible o reintegrando el gasto en que hubiere incurrido el afiliado para obtener su satisfacción por otra vía”; CNCiv, Sala C, 15/2/94, “Diez Ruiz, Aurelio c/Intercoop SA s/cobro de sumas de dinero”, Abeledo, doc. 10.6625; CNCiv, Sala L, 19/12/06, “Sánchez Zinny, Nicolás c/CEMIC s/amparo”, Abeledo, doc. 10.9953. Weingarten, Celia - Ghersi, Carlos A., *Medicina prepaga: cláusulas abusivas y traslado de riesgos al consumidor*, JA, 1993-II-888. En CNCiv, Sala M, 20/4/07, “G., A. D. c/Hospital Italiano Plan de Salud s/amparo”, decidió extender las prestaciones a favor de un menor discapacitado, Abeledo, doc. 10.9991.

<sup>70</sup> Juzg. de Familia, n° 2, Puerto Madryn, abr. de 2010, “W. V y H. M. R. D. s/acción de amparo”, expte. 1231/09.

<sup>71</sup> “La implementación del programa médico creado por la ley nacional 25.673, está reservada a las esferas locales, asumiendo la provincia la responsabilidad por su ejecución” (CSJN, 26/2/08, “Defensor Público del Distrito Judicial Sur doctor Julián De Martino s/amparo”, dictamen de la procuración general, al que remitió la Corte Suprema).

ilegítimo que funda el amparo, toma en cuenta la fecha de la carta documento emitida por la demandada, en donde queda patentizada su negativa a otorgar la prestación requerida.

En el punto 3 de sus considerandos se introduce en la cuestión relativa a la procedencia del amparo, dejando sentado que no toda cuestión con sustento constitucional puede habilitar la vía rápida del procedimiento “so riesgo de permitir que por esa vía se diriman todas las cuestiones que ameritan que un órgano jurisdiccional se expida, con la sola invocación de encontrarse violentado un precepto constitucional”. Con sustento en criterio expuesto por el Superior Tribunal, se inclina claramente por la tesis restrictiva, que exige al amparista acreditar la ineficacia del proceso común, la existencia de urgencia que justifique la tutela inmediata (lo que se vincula con el plazo de caducidad) y la necesidad de evitar un daño irreparable de seguirse los procedimientos comunes.

Ya he anticipado en puntos anteriores mi criterio contrario a esta fundamentación, no sólo por la importancia que la Constitución nacional y la doctrina de la Corte federal dan a la protección del derecho a la vida y a la salud, sino porque en el caso de la provincia de Chubut el art. 5 de la ley especial 4572 permite, sin esfuerzo alguno, sostener la tesis amplia. Conviene reiterarlo: “La acción de amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que permita obtener el mismo efecto en igual o menor lapso”<sup>72</sup>. Y, obviamente, no existe otro pese a que se encuentra regulado el sumarísimo, utilizable también contra actos de arbitrariedad de particulares (art. 324, inc. 2, Cód. procesal). Hay, además, una razón de preocupante pragmatismo; personalmente llevo adelante procedimientos por daños y perjuicios que han pasado largamente la barrera de los quince años, con lo que los procedimientos comunes no se avizoran como vías rápidas de protección de derechos en donde la edad de las personas cuenta, y de modo singular. La alzada toma la expresión “no haya otra vía más rápida”, consignada en el art. 43 de la Const. nacional y en el art. 54 de la Const. provincial, como argumento para sostener que se trata de una vía “excepcional”, “residual” y “heroica”, siguiendo la opinión de Lazzarini y, por cierto, de otros como él que temen a la “inflación” del amparo. Pero la ley provincial dice otra cosa y hay que interpretarla conforme a la reglas pertinentes, dando prioridad a la protección de los derechos, cuestión en que la Constitución provincial, en dispositivo singular, da cauce a la solución contraria: “Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o priva de las garantías que ello asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces” (art. 10). En rigor, la propia ley especial 4572 permite la interpretación amplia, tal como dejo consignado; de allí se sigue que la alzada se ha extralimitado en la interpretación de la norma.

Aunque admite, con cita de un antiguo fallo de la Cámara que la remisión a procesos ordinarios puede, en algunas circunstancias, tornar ilusoria la protección de derechos, concluye sosteniendo que “Teniendo el caso en examen un neto corte contractual, nada impidió a la actora acudir a esa vía, razón por la cual el amparo,

---

<sup>72</sup> El art. 54 de la Const. del Chubut reformada en 1994, si bien consigna que “no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño”, declara que la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces “en la forma sumarísima que determine la ley”. Y es claro que la ley determina “esa” forma.

para este tipo de entuertos queda vedado”. Agrega que “si se entendieron involucrados derechos consagrados constitucionalmente, no es menos cierto que –como se adelantara– siempre en una litis, en mayor o en menor grado, ello es así. De otro modo, se dejaría abierta la posibilidad del amparo a toda suerte de pleitos”.

Siguiendo el pensamiento del autor antes citado, sostiene que la irreparabilidad es la condición suficiente para la procedencia del amparo. No se advierte que la única vía de discusión que a los actores les queda, en orden al cuestionamiento de la exclusión contractual de las prestaciones requeridas, es el juicio ordinario, pues la cuestión no se halla prevista en ninguna de las situaciones que autoriza el art. 323, del Cód. procesal, para la procedencia del juicio sumario. En conocimiento de esta situación hubiera sido recomendable que los actores recurrieran a la vía del juicio sumarísimo como vía de protección de actos ilegítimos de particulares, aunque, ante el pensamiento de la alzada, difícil es asegurar que no lo hubieran estimado igualmente inadecuado, desde que el dispositivo citado autoriza al juez, según la naturaleza de la cuestión, a imprimir el proceso que mejor se avenga a la protección de los derechos. De allí que, insisto, no haya otro más adecuado, apto y suficiente que el amparo.

En este sentido, ha dicho la Corte federal que “No cabe extremar el rigor de los razonamientos lógicos o exigir disquisiciones de significativa sutilidad, a fin de no desnaturalizar los fines superiores perseguidos mediante el amparo, en tanto resulta un medio imprescindible para la salvaguarda de derechos de la jerarquía de los de la salud y la vida”<sup>73</sup>. Es doblemente significativo este fallo pues fue dictado en contra de la provincia del Chubut, en que se cuestionaba la prestación del servicio médico en el ámbito provincial. Dijo allí la Corte que las deficiencias del servicio “permitían avizorar la inminencia de un menoscabo a un bien que, como la salud, merece la máxima tutela, no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital”.

Con cita de doctrina agrega, además, que de las actuaciones no surge que la demandada habría actuado con ilegitimidad ni arbitrariedad manifiestas, exigencias éstas impuestas por la norma constitucional para habilitar la vía rápida del amparo. Sostiene con base en un precedente de la Suprema Corte de Buenos Aires que “Se requiere, además, que el acto carezca del mínimo respaldo normativo tolerable para subsistir como tal; o dicho en otros términos, que haya surgido al margen del debido proceso formal, que constituye el fundamento de validez de toda norma jurídica”<sup>74</sup>.

Es claro que este modo de pensar pone a la supremacía normativa en un orden inverso, pues si es la Constitución el catálogo de derechos esenciales y si el Estado, en sustento de ellos ha firmado numerosos instrumentos internacionales garantizando su respeto y su tutela, no es, entonces, “la ley” la que ha de definir el alcance o extensión de los derechos. Si la salud y la vida se dice que son lo que son, no cabe duda que la admonición de Bidart Campos es necesario aplicarla sin ambages: la fuerza normativa de la Constitución, “con ley, sin ley, contra la ley”. Si la vida y la salud están en riesgo, si el tiempo que se requiere para adoptar una decisión incide

<sup>73</sup> CSJN, 11/4/06, “Barria, Mercedes C. y otro c/Provincia del Chubut y otro s/amparo”.

<sup>74</sup> SCBA, 20/12/06, “Domingo Ciancio SRL c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/amparo”, ac. 93741 S.

de modo sustancial en el ejercicio de los derechos que las implican (vida y salud), es harto claro que el amparo es la vía adecuada para su defensa, pues no existe otra apta para tal fin.

Se pone a cargo de los actores, con cita de una decisión del STJ del Chubut (26/01), la prueba de que los procedimientos comunes serían inútiles para tutelar el derecho violentado. Sostiene la Cámara que esa demostración no ha sido acreditada. Sin perjuicio de relacionar sus argumentos, he de decir que, si, como lo expreso antes, se trata de una cuestión de interpretación contractual, asunto que requiere del trámite del juicio ordinario para su elucidación, va de suyo que el tiempo a insumir jamás será inferior a los cinco o más años. Personalmente no he participado en ninguno de tan corto desarrollo y sí en varios, por vía del juicio sumario, supuestamente más abreviado, que han superado con creces ese tiempo<sup>75</sup>. Dice la alzada que “si lo que está en discusión en autos es la existencia o no de la cobertura asistencial referida, habrá de remitirse a lo pactado entre las partes”; agrega que no se ha acreditado que la demandada “haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que contrajera”. Sostiene que “Sin mandato legal incumplido no existe obligación de pago, pues la supuesta obligación carece de causa. De lo contrario, se crea *ex nihilo* un deber jurídico u obligación que no halla correlato en la legislación vigente”. Concluye en que no se ha acreditado la excepcionalidad que la vía exige y que la demandada haya obrado con arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas. Rechaza, por tanto, la acción de amparo e impone las costas de ambas instancias en el orden causado.

Es de interés traer a colación aquí la cuestión de la eficacia del procedimiento de curación como modo de habilitar la vía del amparo. En un ya lejano caso resuelto por la Corte federal, frente a un tratamiento que abría algunas expectativas en la lucha contra el cáncer, el alto tribunal dejó asentado que “Por no encontrarse observado uno de los recaudos –necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento– que, supuesto el derecho a la vida, condicionaría inexcusablemente su invocación legítima, debe confirmarse la sentencia que rechazó el amparo tendiente a que se suministre el complejo Crotoxina A y B, sin que ello implique negar sus eventuales propiedades antineoplásicas que puedan ser demostradas científicamente en el futuro, ya que según los motivos puestos de manifiesto por el órgano legalmente autorizado, dicha sustancia no provoca, aquí y ahora, tales efectos y, salvo que se acredite inequívocamente la inexactitud de esos fundamentos, los jueces deben atenerse a ellos”<sup>76</sup>.

En el caso de la fertilización *in vitro*, el procedimiento llamado ICSI se adecua a las necesidades de fecundación asistida que requerían los aquí accionantes. Se trata de un procedimiento que, según un fallo que reproduce un dictamen médico, con-

<sup>75</sup> A modo de ejemplo, “Passerini c/Chubut”, 16 años; “Montiquín c/Susbielles y Chubut”, 14 años; “Troncoso c/Don Otto s/incidente de revisión”, 9 años, en casación, de la jurisdicción de Puerto Madryn; “Martínez c/Chubut”, 16 años, en trámite de ejecución de sentencia; “Heimpel Garnica c/Chubut”, 14 años, en casación; “Pereyra c/Juárez”, 9 años, con reciente sentencia de primera instancia; “Schmidt c/Pérez s/ordinario - petición de herencia”, 9 años, en casación; y algunas perlitas, “Carranza Latrubesse c/Moraga s/ejecución de honorarios”, 13 años; “Morales c/Mazzoni”, ahora en ejecución de sentencia luego de 31 años de iniciado, de la jurisdicción de Comodoro Rivadavia.

<sup>76</sup> CSJN, 27/1/87, “Cisilotto, María del C. c/Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”, *Fallos*, 310:112.

siste en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, que “utiliza los más poderosos microscopios y ‘micromanipuladores’; los embriólogos, por ejemplo, con sostener un sólo óvulo humano en el extremo de un delgado tubo de succión, pueden penetrar ese huevo con una aguja varias veces más minúscula que un cabello humano. La aguja libera en el centro del huevo una sola célula espermática, la que en muchos de los casos (60 a 70%) es capaz de fertilizar el óvulo. Tres días más tarde, éste puede ser transferido al útero como un embrión. Para obtener los huevos y llevar a cabo la técnica ICSI, la mujer, obviamente, debe realizar el mismo procedimiento que para la fertilización *in vitro* (FIV), la estimulación del crecimiento de los múltiples folículos con gonadotrofinas (tales como la hormona folículo estimulante FSH) y la subsiguiente recolección del huevo. Cuando los huevos fertilizados vía ICSI son transferidos a la mujer, las tasas de embarazo y de bebés llevados a casa son tan altas como las obtenibles por la FIV convencional. Si los embriones son buenos se recomienda hacer un máximo de tres o cuatro intentos. La tasa de gestación acorde a la edad ronda el 50% y en tres o cuatro ciclos alcanzaría el 90%. Si después de cuatro intentos no ha sido posible, merecería la pena reevaluar el caso y valorar otras alternativas”<sup>77</sup>.

He sostenido antes, que es fácilmente advertible en distintos estamentos de los poderes de gobierno y en no pocos de la sociedad civil, que la cuestión de los derechos humanos tiende a satisfacer meras justificaciones declamatorias. Me parece de interés consignar, por su ilustración y la atinencia al tema, las conclusiones de un fallo<sup>78</sup>. Se dijo allí que, con apego al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el derecho a la salud reproductiva debe tenerse en cuenta la observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular en los párrs. 8° y 11. Consigna la magistrada que “En el 8° el Comité dice que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y entre los derechos se encuentra el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, y hace especial hincapié en la libertad sexual y genésica. En el párr. 11, se incluye explícitamente a la salud sexual y reproductiva y su nota 12, referida a la salud genésica, permite considerar a las técnicas de fecundación asistida como parte de la planificación familiar, al expresar que ‘*La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto*’ (observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nota 12, párr. 14)”. Con arreglo a ello considera, con indiscutible razón si es que realmente se piensa que los tales instrumentos entrañan una obligación del Estado, que la FIV es un medio para responder a una infertilidad, y que los Estados están obligados a brindar estos tratamientos y a garantizarlos. Y, agrega, que “si el Estado se encuentra obligado a proveer estos métodos, en forma progresiva, también lo están las empresas

<sup>77</sup> CContAdm San Nicolás, 15/12/08, “S., A. F. c/A., H. A.”, consid. X.

<sup>78</sup> CNCivComFed, 29/4/10, “L. P. M. C. y otro c/OSDE”, voto de la doctora Medina.

de salud, que tienen la obligación de cubrir las prestaciones básicas del sistema de salud”.

La causa referida plantea algunas circunstancias que no se observan en los supuestos considerados en el fallo de Chubut; en primer lugar, la demandada ofrecía un programa de salud de mayor complejidad pero a un mayor costo, que los actores declararon imposible de satisfacer, quienes ya habían abonado de su peculio seis procedimientos de fertilización asistida de baja complejidad. La actora, casada desde 2001, de 38 años y su esposo de 36, padecía de una malformación congénita que le impedía concebir. La distinguida jurista parte en la fundamentación de su voto disidente (en tanto la mayoría le impone a los actores abonar el 50% del costo del tratamiento, que oscila entre \$ 15.000 y \$ 20.000), de determinar si existe un derecho subjetivo a la procreación; y si, en sentido afirmativo así se reconociera, cuál sería la razón para admitirlo por las vías naturales y denegarlo por la vía artificial. En cuanto a que existe un derecho personalísimo a la procreación, remite a la opinión de Santos Cifuentes que así lo considera, para quien la elección de las técnicas respectivas no debe ser controlada ni limitada por la sociedad ni por el derecho.

Concluye, con razón, la señora juez, que la admisión de un derecho subjetivo implica admitir su exigibilidad. Sostiene, nuevamente con razón a mi modesto juicio, que el tal derecho tiene protección supranacional, sustentado en el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual el Estado debe respetar y garantizar (arts. 1.1 y 2) el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, siendo de aplicación el 5° párrafo de la observación general 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que dice: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias, ni obligatorias”. Rescato de modo especial este fundamento, porque la magistrada agrega con adecuado ajuste a los derechos comprometidos, que incluyen el “interés superior” del niño, allí no citado, que una negativa en contrario conspiraría contra el derecho y la libertad del hombre y de la mujer a tener, criar y educar a sus propios hijos. Si esto dependiera de las posibilidades económicas de los interesados, la decisión resultaría claramente discriminatoria. El argumento revestía importancia en la causa, toda vez que la mayoría impuso a los actores, en consonancia con la sentencia de la anterior instancia, la carga de abonar de su peculio la mitad del costo del tratamiento. En otra causa reciente de la misma sala, el tribunal por mayoría había condenado a la demandada a abonar el 60% del tratamiento en un caso de infertilidad masculina<sup>79</sup>; y a abonar el 50% en otro supuesto<sup>80</sup>; y en ninguno de ellos aparece suficientemente sustentada la razón por la que las demandadas deben soportar un cierto porcentaje.

Aunque ya lo he destacado en párrafos anteriores, consigna la magistrada en su voto, la disposición del art. 15 del PIDESC, que en su punto 1.b. declara que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”, con lo que se hace evidente la necesidad de conceder la vía pretendida (la *lex artis ad hoc*). La

<sup>79</sup> CNCivComFed, 18/3/10, “V. M. C. y otro c/OSDE s/amparo”, causa 5381/09.

<sup>80</sup> CNCivComFed, 2/3/10, “R. V. C. y otro c/Galeno”, causa 9440/08.

situación personal de la actora, próxima a cumplir 39 años, ponía en el centro de la discusión la “urgencia vital”, esto es, recreando el fallo antes citado<sup>81</sup>, una situación a partir de la cual surge el riesgo de la pérdida de la vida o de la imposibilidad de ejercer el derecho en adelante. El voto relaciona como jurisprudencia mayoritaria la que accede al reclamo, indicando los precedentes que por resultar útil a los fines de este estudio consigno en esta nota<sup>82</sup>.

En contraposición a estas posturas favorables a las prestaciones pretendidas, se alzan otras opiniones discordantes que, aunque dignas de respeto, no valoran adecuadamente los principios superiores del sistema, alterando de ese modo la fuerza normativa de la Constitución y el bloque que conforma con los instrumentos internacionales tantas veces citados.

En ese entendimiento se inscribe la sentencia cuyo argumento central radica en que las plausibles razones invocadas por la actora, a quien se rechaza su acción de amparo con costas por su orden, como la necesidad de actualizar las prestaciones mínimas (PMO) según los avances de la ciencia y de la técnica, “se consideran acertadas, pero no son suficientes para dar favorable acogimiento a la pretensión actora”. El argumento, ya lo he dicho, radica en que “la ley no ha avanzado a la par que el desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales la cobertura de los tratamientos de fecundación *in vitro*”, y reafirma la tesis de que “solamente un marco legislativo es idóneo para contemplar todos los aspectos –jurídicos y éticos– que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos (cfr. esta Sala, causa 7957/08 del 30/10/08)”<sup>83</sup>.

A las razones antes apuntadas, agrego ahora la doctrina de la Corte federal elaborada en orden a la responsabilidad del Estado por omisión<sup>84</sup>. Hace 18 años, la Corte federal resolvió que “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”; de allí que la ausencia de ley no es impedimento para la exigencia del respeto de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Tampoco lo son en tanto sólo los prevea la Constitución nacional, más allá de que no existieran derechos absolutos, pues la ponderación entre estos determina un orden lógico y axiológico de prevalencias. En el mismo fallo se reiteró la prioridad de rango de los tratados sobre el derecho interno, modificando el criterio sustentado en “Martín y Cía.”<sup>85</sup>, con apego al art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, aprobado por ley de la Nación 18.865, en vigencia desde el 1 de julio de 1980; la contrariedad con el ordenamiento puede originarse en la omisión de dictar

<sup>81</sup> CContAdm Mar del Plata, 3/11/09, “R., N. B. c/IOMA”, El Dial.

<sup>82</sup> CContAdm San Nicolás, 29/12/08, “S. A. F y otro c/IOMA”; CContAdm San Martín, 23/12/08, “Q., M. T. y otro c/IOMA”; CContAdm Mar del Plata, 3/11/09, “R., N. B. y otro c/IOMA”, El Dial; CContAdmTrib CABA, Sala II, “A., M. R y otro c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”; CFed La Plata, Sala III, 8/9/09, expte. 16.489/09, “XX c/Instituto de Obra Social del Ejército s/amparo ley 16.986”; CFed Mar del Plata, 17/12/09, “B., C. y otra c/UP”, El Dial; CApel San Martín de los Andes, 17/6/09, “D. I. B. c/Instituto de Seguridad Social del Neuquén”; STJ Río Negro, 18/12/08, “M., V. A. y otro”, *LLPatagonia*, 2009-781.

<sup>83</sup> CNCivComFed, Sala I, 19/11/09, “E., G. S. y otro c/IOMA y otro s/amparo”, voto de los doctores Majurieta, Farrell y De las Carreras.

<sup>84</sup> CSJN, 7/7/92, “Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo y otros”.

<sup>85</sup> CSJN, “Martín & Cía. Ltda., SA c/Nación”, *Fallos*, 257:99.

un dispositivo acorde con los derechos cuyo respeto y protección el Estado se ha comprometido a resguardar. Cabe precisar, todavía más, lo que la Corte dijo allí respecto al contenido del tratado; así, “Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”.

Además, la necesidad de armonizar las disposiciones con principios axiológicos de orden superior a las leyes, había sido postulado por la Corte con anterioridad<sup>86</sup>. Por consiguiente, nadie podrá decir que las numerosas disposiciones legislativas internas, en cuanto se dice tutelar en ellas el derecho a la salud, obligación “primaria y sustancial” del Estado, necesite describir con precisión los procedimientos y vías por medio de los cuales se habrá de asegurar la garantía del derecho; sostener lo contrario implica la necesidad de definir en cada caso cuál enfermedad o cuál prestación deba ser contenida en la comprensión del derecho, pues bastará la formulación existente para dar satisfacción a las necesidades que en cada caso se presenten. Sabido es, así, que esa es una de las funciones del poder jurisdiccional, que no se agota en la letra de la ley y frente a cuya ausencia dejaría desprotegido al sujeto del derecho e impune cualquier acto, aunque no hubiera sido precisamente descrito en una disposición legal.

Es verdad que la antijuridicidad es presupuesto de la responsabilidad civil, pero la misma se nutre no sólo de la ley sino del entendimiento que una sociedad civilizada, en el Estado de derecho democrático, pueda hacer sobre el reproche de las conductas<sup>87</sup>. La antijuridicidad en la órbita aquiliana tiene su correspondencia en el incumplimiento contractual<sup>88</sup>. A ambas habrá de adicionarse la culpa —en tanto esté implicada— y la infaltable relación causal entre la conducta y el daño. La operatividad de la norma resulta también de las circunstancias y así surge del mismo fallo, más allá de otros dictados por la Corte federal en que ha declarado que el *neminem laedere* tiene raíz constitucional<sup>89</sup>. Además, a mi honrado juicio, no se trata de una

<sup>86</sup> “Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo” (CSJN, 12/9/96, “Bramajo, Hernán J. s/incidente de excarcelación”, causa 44.891, Fallos, 319:1840).

<sup>87</sup> CSJN, 2/7/91, “Lanati, Marta N. y otros c/Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos, 314:661; íd., 2/4/98, “Risoliá de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C. y otro”, Fallos, 321:709; íd., 26/7/88, “Díaz Estay de Salerno, Lucía c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos, 311:1227; íd., 5/7/94, “Viera, Mario R. y otro c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos, 317:768; íd., 29/10/96, “Giménez, Pablo M. y otros c/Schuarts, Eduardo”, Fallos, 319:2511; íd., 17/4/97, “Savarró de Caldara, Elsa I. y otros c/Ferrocarriles Argentinos Buenos Aires”, Fallos, 320:536; íd., 5/10/04, “Perdomo Martín, Anair J. c/Bolsi, Carlos A.”; íd., 22/4/08, “Ledesma, María L. c/Metrovías SA”, voto de la doctora Highton de Nolasco: “La responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias”. Principio aplicable aún cuando el estándar ha sido elaborado en supuestos de responsabilidad aquiliana.

<sup>88</sup> CSJN, 28/9/04, “Barral de Keller Sarmiento, Graciela H. c/Guevara, Juan A. y otros”.

<sup>89</sup> Sin perjuicio de que “la infertilidad impacta de manera negativa en la salud psíquica de las personas que la padecen” (CSJ Mendoza, 28/8/07, “R., M. M. c/Obra Social de Empleados Públicos”, LLGranCuyo, 2007-1060).

cuestión meramente contractual, que pueda sostenerse celosamente protegida por la libertad de las convenciones (art. 1197, Cód. Civil), pues, en el fondo, no es sino la delegación del Estado en entes intermedios a quienes ha encomendado la prestación de un servicio que le compete de modo sustancial. También se dijo allí lo que venía repitiendo desde la época de su elaboración pretoriana en “Siri” y “Kot”: “que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”.

Es menester insistir en que la obligación de los Estados signatarios de instrumentos sobre derechos humanos, implica, además, la obligación de efectuar en el ordenamiento interno las adecuaciones necesarias para que los derechos sean respetados y garantizados en consonancia con las obligaciones internacionales que han sido asumidas y que, en caso contrario, el Estado se coloca en la situación de una violación internacional que genera responsabilidad<sup>90</sup>. La Corte federal lo ha admitido así en reiterados fallos<sup>91</sup>, amén de que habilita la vía del recurso extraordinario para recomponer la situación violada<sup>92</sup>.

Otro pronunciamiento contrario a los principios enunciados, vierte la sentencia dictada por una Cámara de Rosario<sup>93</sup>. Reitera allí los argumentos utilizados por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, antes relacionado; se dice que “Tratándose de prestaciones de alto costo y con potencial incidencia para repercutir en el resto de necesidades de salud a cubrir a favor del resto de los asociados, es necesario que concorra una concreta previsión normativa al respecto”; que la ley local 11.888, que puso en vigencia el programa de procreación responsable, no previó los procedimientos requeridos. Se trataba de la pretensión de imponer al ente demandado el costo íntegro de la fertilización *in vitro* por el sistema ICSI, aconsejado por la médica tratante, hasta lograr el embarazo querido, cuya admisibilidad por vía de amparo había sido sostenida por la Corte de Santa Fe en pronunciamientos que consigna<sup>94</sup>, aunque rechazó la pretensión. Repitiendo argumentos que ya he contestado, sostiene que la prestación requerida exige “que concorra una concreta previsión normativa al respecto que asuma con la debida previsión la distribución equita-

<sup>90</sup> Ver, entre otros, Corte IDH, 5/2/01, “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), punto resolutive 4, que obligó a Chile a modificar nada menos que su Constitución política: “4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La última tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto” (sent. 73).

<sup>91</sup> CSJN, 12/5/98, “Gallardo García, Ramón C. y otro s/hurto de automotor”, causa 1601, *Fallos*, 321:1424; íd., 24/8/04, “Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, causa 259.

<sup>92</sup> CSJN, 7/4/95, “Girolodi, Horacio D. y otro s/recurso de casación”, *Fallos*, 318:514; íd., 18/12/07, “L., L. A. s/causa 5400”; íd., 26/2/08, “Medina, Orlando R. y otro c/Solar Servicios On Line Argentina SA y otro s/interrupción de prescripción”.

<sup>93</sup> CCivCom Rosario, Sala I, 26/5/10, “M., N. G. c/IAPOS s/amparo”, expte. 55/2010, *El Dial*, 8/8/10.

<sup>94</sup> CSJ Santa Fe, 19/10/05, “R., María A. y otro c/Asociación Mutual de Ayuda entre Asociados y Adherentes al Club Sportivo Ben Hur”, *LLLitoral*, 2006-227; íd., 2/11/05, “Galazzo, Horacio c/TIM Medicina Prepaga”, *Zeus*, 103-J-221; íd., 6/5/09, “Carranza, Eva D. y otra c/IAPOS”, *DJ*, 25/11/09, p. 3363; íd., 29/11/05, “Miró, Mirian c/IAPOS”, *Zeus*, 101-J-492.

tiva y solidaria de los recursos”. En el caso, la alzada postula la falta de prueba acerca de la posibilidad de llevar adelante procedimientos de menor complejidad, destacando que la ausencia de un dictamen pericial puede justificar el rechazo de la demanda tal como aconteció en fallo que cita<sup>95</sup>. No aporta datos sobre la situación de la pareja y si bien cita los fallos favorables al reclamo, insiste en sostener su inexistencia en orden al PMO contenido en las resoluciones respectivas.

## 8. Los embriones supernumerarios. Su depósito. Cosas o personas

A fin de no extender en demasía este estudio, que obviamente requiere de mayores profundizaciones sobre las cuestiones implicadas, consigno mi parecer de que, aun entendiendo que el criterio limita el desarrollo de la ciencia y de la técnica, es menester ajustar los conceptos a la normativa existente, y recrear con apego a ella normas protectoras. Como ya he sostenido, los embriones son seres humanos desde su concepción, dentro o fuera del seno materno. Su “depósito” viene a significar una asimilación a la entidad de “cosa” que conspira contra la consideración del hombre como unidad irreplicable y asistido de la condición de dignidad<sup>96</sup>. En el embrión está la “mismidad” del hombre, como expresara Fernández Sesarego. La preocupación de los jueces sobre su custodia y destino, que he relacionado antes, coincide con esa concepción, en donde la imaginación del hombre no podrá ser limitada en la comprensión del Universo, en tanto esconde innumerables secretos que la ciencia busca develar. La mayoría de las veces, en tren de conseguir una perpetuación de la vida que conspira con el carácter finito del humano, más allá de su naturaleza trascendente y las creencias y promesas de reencarnación.

No se trata, solamente, de cuestiones éticas o confesionales, cuya consideración he excluido aquí al inicio de este trabajo. Se trata de cómo el derecho concibe, en su integralidad, al embrión como persona humana; los numerosos aspectos que su existencia misma condiciona y pone en tensión, de los que, apenas, menciono los siguientes: derecho a la no discriminación, en cuanto a la posibilidad de ser eliminados, en tanto se descubra en ellos anomalías o enfermedades congénitas, lo que implica aceptar una forma de eugenesia; el derecho a la identidad genética, y a ser recibido en el seno de su madre biológica; a no ser privado de nacer y a desarrollarse como ser humano completo en el seno de la familia que lo concibió, lo que excluye la posibilidad de transferencias a terceros<sup>97</sup>.

No son aplicables aquí, en modo alguno, las afirmaciones del TC español que en STC 116/99, sostuvo que “ni los *preembriones no implantados* ...son, a estos efectos, ‘persona humana’, por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15, CE) o a la dignidad humana (art. 10.1, CE)”.

Cierto “gradualismo” en el desarrollo biológico del humano, que se sugiere útil para definir por vía de la ley una concreta protección y “disposición” acerca del em-

<sup>95</sup> TS CABA, 26/8/09, “Ayuso, Marcelo R. c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”.

<sup>96</sup> Ekmekdjian, Miguel Á., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 91; el hombre como un fin en sí mismo, y no como medio o instrumento de otros.

<sup>97</sup> Andorno, Roberto, *El derecho a la vida, ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)*, ED, 131-910.

brión, me trae el recuerdo de una novela<sup>98</sup>, en cuya trama era admisible eliminar ancianos por su pretendida inutilidad en una sociedad llena de necesidades y carencias y, por cierto, de violencia. Por qué no disponer, entonces, en tren de utilidad, de seres que no pueden hacerse oír ni emiten voces de protesta; de nuevo, las citas literarias me acosan recordando aquella frase singular del *Martín Fierro*, según la cual “en su boca no hay razones aunque la razón le sobre; que son campanas de palo las razones de los pobres”.

En cuanto a la transferencia a favor de terceros de embriones, traigo a colación un fallo permisivo de un juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya Constitución, en muchos aspectos, abusa de la libertad colocándola sobre el derecho a la vida, con la consiguiente transgresión de otros principios sustanciales. En “Pascal, María E. y otros c/OSCBA”, expte. 35403/09, se concede como medida cautelar, y bajo el principio de gratuidad del amparo allí vigente, la dación de un procedimiento de fertilización por la técnica ICSI.

Se trata de dos mujeres que conviven en pareja desde finales de 2003, y comparten su domicilio con dos hijos de la primera, la madre y una hermana menor de la segunda. Sostienen que quieren tener un hijo de ambas, lo que es biológicamente imposible, por lo que recurren a la demandada a fin de que cubra un procedimiento de fertilización *in vitro*, que se llevaría a cabo con espermatozoides de un donante anónimo y un óvulo de la primera que sería implantado en el útero de la segunda, “siendo de esta manera madres las dos”. Se relaciona que la actora, señora Pascal, tiene 39 años, “y padece un foco endometriósico en ambos ovarios, el que de todos modos le impediría, por métodos naturales quedar embarazada”. Invocan, entre otras razones, que la imposibilidad de procrear constituye una dolencia que afecta su calidad de vida e involucra la salud psicofísica de ambos miembros de la pareja; lo que me llama la atención que no merezca alguna consideración de la sentenciante pues, más allá de la “enfermedad” o patología que impida su fecundación, hay una “imposibilidad biológica”, por el hecho de ser mujer, que requiere un gameto masculino para ello. Pide se ordene por vía cautelar contra la demandada el pago de los procedimientos. El fallo sostiene que en el peligro de la pérdida eventual del derecho, “junto a una aún mínima apariencia de buen derecho, justifican la anticipación material de tutela judicial que implican los pronunciamientos cautelares”. Pone en el centro del planteo la insuficiencia de bienes de las actoras para llevar a cabo su propósito, descontado que de acuerdo a la Constitución de la Ciudad, el derecho a la salud tiene una protección amplia. Invoca el principio de igualdad en virtud del cual las actoras, puedan “tener un hijo en común ...superando la condición sexual respectiva como limitante físico para llevar adelante ese objetivo de vida propuesto”; agrega que “se trata de una familia basada en una pareja constituida por dos mujeres”, con lo que por virtud del art. 11 de la Constitución de la ciudad, que garantiza la facultad de ser diferente, no admite ninguna discriminación, fuere de raza, etnia, género, inclinación sexual, condición social, económica, etc., que implique alguna exclusión, restricción o menoscabo; de modo que este “derecho a ser diferente” no admite ninguna segregación por razones o pretexto de orientación sexual.

El peligro en la demora en obtener la tutela cautelar radica en la edad de una de las actoras con lo que la medida tiene andamio, condenándose a la obra so-

<sup>98</sup> Bioy Casares, Adolfo, *Diario de la guerra del cerdo*, Bs. As., 1968.

cial “a adoptar las medidas necesarias tendientes a cubrir los costos económicos del tratamiento médico a los fines de que las amparistas puedan concretar su anhelo de tener un hijo en común”.

No comparto este pronunciamiento, sin que implique en modo alguno participar de criterios de exclusión por virtud de la inclinación sexual de las actoras, por la sencilla razón de que no se dice una sola palabra que asegure al hijo por nacer su “interés superior”, el que, según ha postulado tantas veces la Corte federal y resulta de modo expreso de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe prevalecer sobre cualquier otro interés o derechos de terceros a los que pueda confrontarse<sup>99</sup>. Además, se pretende que la jurisdicción judicial modifique, y por vía precautoria, la imposibilidad que es propia del género humano de reproducción hermafrodita, comprometiendo derechos de la persona que habrá de nacer. En este sentido, y a riesgo de interpretar con excesiva latitud aquel interés superior, recuerdo aquí una afirmación de Gil Domínguez que estimo de utilidad: “El niño como sujeto de derecho es titular de un conjunto de derechos fundamentales (por imperio del instrumento internacional) que lo ubican en una posición jurídica que dista de la de constituir un mero apéndice de sus padres. El interés superior del niño supone puntos de confluencia entre padres e hijos, pero bajo ningún punto de vista implica la imposición vertical de un plan de vida o biografía”<sup>100</sup>.

Al solo efecto de que se medite sobre ello, consigno las apreciaciones de la doctora Valdéz, en su voto de la Cámara Contencioso Administrativa de San Nicolás, en punto al tema del epígrafe y referido a la técnica ICSI: “Con la técnica pretendida, donde habrá necesariamente congelamiento de embriones, sin que hasta el momento la ciencia pueda aseverar la inexistencia de efectos no deseados, o bien, el alcance de los mismos, con la incertidumbre que ello implica, además del descarte de embriones, no puede pensarse, al menos en forma espontánea, en una procreación responsable”. Agrega luego: “En definitiva, del confronte de los derechos sobre maternidad-paternidad y a formar una familia, pretendidos por los amparistas a través de vía asistida, con selección de embrión y descarte de sobrantes, versus la vida y dignidad de dichas personas de tal forma concebidas, no dudo que en primacía se encuentran estas últimas, indefensas en dicho estado”.

Consigno que por decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se declaró que será inconstitucional la técnica de fertilización *in vitro*, sólo en tanto “su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”<sup>101</sup>; esto es, que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. La Corte sólo autoriza la fecundación de un óvulo por ciclo femenino, im-

<sup>99</sup> Art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que se tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Art. 6.1: “Los Estados parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

<sup>100</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Regla de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva*, Lexis, 0029/000006.

<sup>101</sup> CS Costa Rica, Sala Constitucional, 15/3/00, sent. 2000-2306. Conf. CSJ Costa Rica, 11/6/08, “Henchoz Bolaños, Ileana c/Caja Costarricense de Seguro Social”.

poniendo a la obra social respectiva la prohibición de manipular y desechar embriones.

El voto disidente, que rechaza la demanda, hace constar la imposibilidad de la actora de concebir, habida cuenta su edad (48 años) y su confesión de haberle sido realizados sendos procedimientos en España y en Colombia, con resultados negativos. En cuanto a la velada posibilidad de que se utilicen óvulos ajenos, el voto disidente sostiene su rechazo en la necesidad de que exista una decisión legislativa al respecto.

## 9. Conclusiones

Como ha expresado Jean Rostand, premio Nobel de biología, “existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades”. Como escribió Borges, “si (como el griego afirma en el Cratilo), el nombre es el arquetipo de la cosa, en las letras de rosa está la rosa y todo el Nilo en la palabra Nilo” (*El Golem*). El hombre, “todo el hombre”, no una parte ni un principio, desde su concepción y hasta el instante mismo de su muerte, porque después será “cosa”. El hombre, así concebido, de carne y hueso, finito, maravilloso en su doble concepción de cuerpo y alma, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental<sup>102</sup>.

El respeto de los derechos humanos debe tener vigencia horizontal; las carencias que el Estado tolera sesga los derechos y a sus titulares, los individuos; la indigencia, incomprensible en un país de riquezas ínsitas como el nuestro, constituye un muro infranqueable para el ejercicio de los derechos y un modo permanente de anti-juridicidad frente al bloque de constitucionalidad. El tema actualmente en estudio para ese universo descamisado (*Los miserables*, de Víctor Hugo) es inasible y extraño. Como dijo el doctor Zaffaroni en fallo que me afecta, sostener que todos los habitantes “son iguales ante la ley constituye un principio valioso pero incompleto si esta igualdad no se efectiviza en el orden sociológico, por lo que es deber de la Corte la defensa de la Constitución y –en la medida de su jurisdicción– la de aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, lo contrario no sólo destierra la garantía de igualdad de la dimensión viviente, sino que también, activa la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”<sup>103</sup>.

Con preocupación, por la dificultad en entender en plenitud la naturaleza de las cosas, consigno la afirmación de Hermógenes a Sócrates: “no soy capaz de creerme que la exactitud de un nombre sea otra cosa que pacto y consenso”; luego contestará Sócrates que “no es cosa de cualquier hombre el imponer nombres, sino de un

<sup>102</sup> CSJN, 6/4/93, “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, *Fallos*, 316:479; íd., 16/10/01, “Monteserin, Marcelino c/Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”, *Fallos*, 324:3569; íd., 24/10/00, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/Estado nacional”, *Fallos*, 23:3229; íd., 5/3/02, “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Estado nacional s/amparo”; íd., 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688”; íd., 16/5/06, “Reynoso, Nilda N. c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”; íd., 7/11/06, “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”.

<sup>103</sup> CSJN, 23/5/06, “Carranza Latrubesse, Gustavo s/acción de amparo”.



'nominador'. Y éste es, según parece, el legislador, el cual, desde luego, es entre los hombres el más escaso de los artesanos". Dice después, "Conque Crátilo tiene razón cuando afirma que las cosas tienen el nombre por naturaleza y que el artesano de los nombres no es cualquiera, sino sólo aquel que se fija en el nombre que cada cosa tiene por naturaleza y es capaz de aplicar su forma tanto a las letras como a las sílabas". Al final parece concluir con que "habrá que contentarse con llegar a este acuerdo: que no es a partir de los nombres, sino que hay que conocer y buscar los seres en sí mismos más que a partir de los nombres". Siguiendo el consejo de Crátilo, seguiré reflexionando sobre ello.

© Editorial Astrea, 2011. Todos los derechos reservados.

