

Poder Judicial de la Nación

En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días del mes de diciembre de dos mil ocho, avocados los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: “**LOO, Hernán Alejandro y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo**”. Expediente N° 11.578 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaria N° 1 (Expte 78.002) de esta ciudad. El orden de votación es el siguiente: Dr. Alejandro Tazza, Dr. Jorge Ferro, Dr. Juan José Comparato. Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N..

El Dr. Tazza dijo:

I. Llegan los autos a esta Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos y fundados a fs. 254/259vta. por O.A.M., a fs. 260/271vta. por I.O.M.A., y a fs. 281 y vta. por el Ministerio Público de la Nación; todos ellos contra la sentencia de fs. 220/227vta. y su aclaratoria de fs. 229.

En primer lugar, es oportuno tener presente que las exigencias requeridas para la demanda en un proceso de amparo son sustancialmente diferentes a las que se contemplan en un proceso ordinario (art. 330 del C.P.C.C.N.), en razón a la especial naturaleza y a las características distintivas que hacen a esta acción de raigambre constitucional (art. 43 de la C.N.).

Precisamente por ello, la normativa legal aplicable al caso (ley 16.986, en especial su art. 6 inc. b) establece que la demanda debe contener “la individualización, **en lo posible**, del autor, del acto y omisión impugnados” (el remarcado me pertenece).

Quiere decir con estos, que tal individualización (en el caso, la individualización de O.A.M. como demandada) no es indispensable, y puede suplirse mediante las facultades instructorias del Juez actuante, quien en su sentencia sí debe determinar concretamente a los condenados (art. 12 inc. a de la ley 16.986). Obsérvese que “la ley federal (...) no impone al Juez la averiguación de la identidad del autor del acto cuestionado” (Sagües, Nestor P.; “Derecho Procesal Constitucional, T°3, Accion de Amparo”, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pags. 393/394), estando facultado para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36 inc. 2 del C.P.C.C.N., art. 17 de la ley 16.986), tal como aconteció en estas actuaciones, donde la OAM fue citada y oída, presentó su informe circunstanciado y recurrió la sentencia dictada en Primera Instancia sin introducir en sus agravios ante esta Alzada ninguna observación en torno a la cuestión aquí analizada.

En efecto, no solo en su escrito recursivo, sino en sus restantes intervenciones en este proceso, la O.A.M. no fue expresamente incluida como demandada en el capítulo referente al “Objeto” (fs. 68) del escrito inicial del amparo, la parte actora, cuando hace referencia a los antecedentes fácticos y jurídicos fundantes del amparo, expresa que tanto el IOMA como la OAM están obligadas a cubrir las prestaciones requeridas, y por ello solicita medida cautelar contra ambas (fs. 71 y vta., 72). A su turno, el Juez actuante tiene por demandados al IOMA y a OAM (fs. 96 y vta.), oportunamente se libra oficio a esta última (fs. 102), quien produce informe circunstanciado y –si bien menciona circunstancialmente que no fue demandada a fs. 135- no desarrolla ningún argumento defensivo en base a ello, ni cuestionó su citación a juicio. Finalmente, la sentencia recurrida condena tanto a la OAM como al IOMA, sin que la primera exprese nada al respecto en sus agravios (fs. 225/259 vta.).

Por lo expuesto, el particular régimen establecido por la ley aplicable, la propia conducta asumida por la OAM y el avanzado estado en que se encuentra el proceso sin que la cuestión se haya debatido, propongo al Acuerdo mantener la intervención de la OAM como parte en la presente contienda.

Adentrándome, ahora sí, al análisis de la cuestión de fondo, observo que en dicha sentencia, el a quo acoge íntegramente la acción de amparo promovida por María Silvana Pereyra y Hernán Alejandro Loo en nombre y representación de su hijo menor discapacitado Santiago Loo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (O.A.M.), y en consecuencia las condena solidariamente a cubrir en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja impetrante tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo, a través del sistema de fertilización asistida con selección de un embrión no portador de la enfermedad granulomatosa crónica y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo Santiago, para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica, para lograr la cura de la enfermedad que hoy padece el niño Santiago Loo, ello en los términos y condiciones determinadas por el médico tratante. Asimismo, el sentenciante determina que –habiendo embriones restantes en la fecundación in vitro, deberá asegurarse el respeto hacia su condición, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán firmar oportunamente; y deja al criterio deontológico del profesional tratante y al oportuno acuerdo con sus padres, el destino de los embriones residuales, la fijación del límite de su eventual utilización en el campo experimental, conforme los parámetros regularmente

Poder Judicial de la Nación

aceptados por la ciencia médica actual. Finalmente, impone las costas del proceso en el orden causado.

Los agravios vertidos por O.A.M. son los siguientes: a) más allá de la plausibilidad del reclamo, a O.A.M. no le corresponde cubrir las prestaciones solicitadas, porque es una mutual (no una obra social ni una empresa de medicina prepaga), por lo que la cobertura debe ser brindada por el Estado. Como sustento de su argumentación, la apelante cita al art. 1 de la ley 24.754, así como algunos precedentes jurisprudenciales; b) no existe acto arbitrario de la O.A.M., porque sus afiliados conocen de antemano cuáles son las prestaciones cubiertas, y estamos ante servicios de salud no contemplados en ellas. En relación a este agravio, la apelante agrega que si el Poder Judicial la manda a cubrir prestaciones que no debe, se verá obligada a aumentar las cuotas a sus afiliados, que presumiblemente saldrían del sistema mutual, privando a su vez de ingresos a la entidad, que finalizaría cerrando sus puertas. Finalmente, entonces, solicita a este Tribunal que se revoque la sentencia y se rechace la acción de amparo, con costas a la parte actora.

Luego del traslado de fs. 272, los agravios no fueron contestados en legal tiempo (ver fs. 284).

Por su parte, I.O.M.A. se agravia, en primer lugar, porque el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente indica que ello es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones. Asimismo, destaca que el art. 41 del decreto 7881/84 establece que el I.O.M.A. no debe reconocer honorarios por tratamientos que se hallen en estado experimental; y que precisamente estamos ante dicha situación, porque ello se desprende de la bibliografía especializada y de diversos informes colectados en autos. También expresa que debió valorarse otra alternativa terapéutica, en especial la posibilidad de obtener células progenitoras hematopoyéticas mediante el INCUCAI y el sistema regulado por la ley 25.392 y la Resolución 309/07. Posteriormente, el apelante asegura que ninguna de las normas invocadas por el sentenciante conlleva al reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal; y que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud. Asimismo, el recurrente expresa que la acción de amparo no es procedente porque, a la luz de todo lo expresado, no existe ilegitimidad manifiesta en los actos del I.O.M.A. Finalmente, luego de hacer reserva del caso federal, solicita la revocación de la sentencia de conformidad a los agravios vertidos.

Corrido el traslado del recurso a fs. 272vta., el mismo no es contestado.

Por último, el recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación objeta la imposición de costas que efectuó el a quo, y solicita que se aplique el principio general en la materia, previsto en el art. 14 de la ley 16.986.

Luego del traslado de este último recurso (fs. 284), tampoco es contestado.

Con el llamado de autos para sentencia de fs. 296vta. está la causa en condiciones de ser resuelta.

II. En primer lugar analizaré el recurso interpuesto por la O.A.M.

Me dedicaré en primer término a determinar si las obligaciones de las obras sociales y de las empresas de medicina prepaga son aplicables a la mutual demandada.

Tratándose el presente de un amparo en materia de salud, conviene recordar de manera preliminar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental” (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros). En esta línea, debe buscarse una solución que, fundada en derecho, satisfaga de la mejor manera posible la necesidad de la amparista de poner en resguardo su derecho a la salud.

El art. 1 de la ley 23.660 establece “Quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley: (...) h) Toda otra entidad creada o a crearse que (...) tenga como fin lo establecido por la presente ley”. A simple vista la norma tiene una redacción genérica que permite considerar a la entidad demandada como obligada, sin embargo, el mismo carácter genérico de la disposición deja flancos susceptibles de interpretaciones dispares. Por ello, considero que el camino para resolver la cuestión planteada no debe agotarse en la disposición citada.

La ley 24.754 determina que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455. Entonces, si la accionada fuera considerada una entidad que presta servicios de medicina prepaga (o asimilada a ella por vía de la analogía), debería ser condenada en autos a

Poder Judicial de la Nación

brindar la cobertura requerida en la demanda, por el juego de las leyes referidas.

La entidad apelante, en oportunidad de expresar agravios, se consideró excluida del régimen de la ley 24.754. Su argumento se basó en que la misma es una mutual que no forma parte del sistema de Agentes del Seguro de Salud.

Sin embargo, es necesario reflexionar al respecto. Es que el sistema generado por la mutual accionada la acerca a la naturaleza privada más que a la pública, ya que la afiliación al sistema de salud que ofrece no es obligatoria. Es más, el Reglamento de la O.A.M. y sus Anexos cuyas copias figuran a fs. 125/130 de esta causa, no constituyen un obstáculo o impedimento para equiparar a dicha entidad con una de aquellas que pertenecen al denominado “de medicina prepaga”.

Respecto de la medicina prepaga, y comparándola con las obras sociales, se ha dicho que cambia radicalmente el modo con que se financia el sistema, ya que se nutre únicamente de la cuota que paga el asociado (Stein, Enrique; “La pertenencia al sistema de medicina prepaga”, LL 1999-B, pág. 938). Asimismo, “el derecho a la salud responde a un interés general, por lo tanto la prestación de los servicios por parte de la empresa de medicina prepaga no puede ser visto como un mero negocio (...) la prestación del servicio (...) debe ser integral” (Stein, ob. cit., pág. 940).

Trigo Represas, siguiendo a Lorenzetti, determina los presupuestos necesarios para tipificar a la medicina prepaga: a) la existencia de una empresa –o en nuestro caso una entidad- que se compromete a dar asistencia médica; b) la obligatoriedad de que la prestación esté sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el beneficiario; y c) la existencia de un pago anticipado como modo sustantivo de financiación (ver JA 80° Aniversario, 1998-452). El mismo autor, refiriéndose a la naturaleza de las entidades que brindan servicios de medicina prepaga, expresa: “Por lo demás, esos diversos regímenes de prestaciones prepagas de salud no tienen por qué diferir por la circunstancia de ser suministradas por las ‘obras sociales’ sindicales o de organizaciones profesionales, o por entidades privadas”. Y culmina acentuando que la diferencia sustancial entre la “obra social” y la entidad de medicina prepaga, es que la primera tiene afiliados cautivos, mientras que la segunda depende de la afiliación voluntaria (contractual) de sus beneficiarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse entonces si O.A.M. brinda servicios de medicina prepaga. En los hechos observamos que la accionada se compromete a brindar servicios médicos, la afiliación a ella es voluntaria, cobra mensualmente y por anticipado una cuota por los servicios

brindados, se financia entonces de manera privada, y debe otorgar las prestaciones cuando el estado de salud de los beneficiarios lo requiere. Por lo tanto, concluyo que está incluida dentro del régimen determinado en la ley 24.754.

En la misma línea de pensamiento se ha entendido que una asociación mutual, en tanto tiene por objeto la satisfacción de necesidades médicas de los socios (art. 4º, ley 20.321), está incluida dentro de las previsiones de la ley 24.754, que no sólo alude a las empresas, sino genéricamente a las entidades que prestan servicios de medicina prepaga. Por ende, tal entidad deberá proporcionar al asociado la pertinente cobertura médica, aún cuando se trate de supuestos excluidos expresamente de su estatuto o reglamento (Cámara Nacional Civil, sala A, 14/04/03, "S. de B. A. R. M. c/ Omint S.A.". En igual sentido, sala E, 21/12/99, "R. R., F. M. c/ Centro Gallego de Bs. As. s/ amparo", ED, 188-345; 204-168).

Entonces, por imperio de lo dispuesto por la ley 24.754 la mutual accionada –prestadora de servicios de salud- se encuentra obligada a cumplir con las mismas obligaciones que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, sin necesidad de adhesión alguna al régimen Nacional de Seguro de Salud, desde que la mencionada ley no establece ningún recaudo previo (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 16/09/05, "Sarmantano, Carolina V. c/ Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza", publicado en LL Gran Cuyo 2006 (julio), pág. 762 – LL Gran Cuyo 2006 (abril), pág. 378 - DJ 06/09/2006, pág. 29).

En definitiva, es por lo expuesto anteriormente que considero que la mutual demandada se encuentra obligada a brindar la cobertura requerida por la parte actora, por lo cual propongo al Acuerdo el rechazo del agravio analizado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es obvio que también debe rechazarse el agravio referido a la supuesta falta de arbitrariedad en la conducta de la accionada, pues la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surge de la interpretación brindada a la normativa vigente, guiada por el derecho a la salud implicado, con reconocimiento constitucional.

Por otra parte, la apelante recordó en su expresión de agravios que debido al carácter de mutual que presenta, si se destinaran los fondos al pago de una práctica no convenida, se deberían retirar fondos destinados al pago de prestaciones que sí fueron convenidas, lo que determinaría la suspensión de los servicios de salud que brinda la mutual con el consecuente perjuicio para todos los restantes afiliados, el abandono del sistema por parte de éstos, y el posible cierre de la entidad.

Poder Judicial de la Nación

En relación con este tópico, observo que no se encuentra acreditado el presupuesto fáctico que da sustento al agravio, es decir, no se ha acompañado al expediente constancia alguna de la cual se pueda inferir que si la mutual afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría de manera irremediable la interrupción de los servicios de salud. En concreto, no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad económica para hacer frente a la prestación reclamada por la parte actora. Además, solo incumbe a los magistrados expedirse en los casos concretos traídos a su estudio, no pudiendo fallar según las proyecciones hipotéticas que en el futuro pudieren sucederse, por lo que ello determina el rechazo de los argumentos planteados (cfr. C.F.A.M.dP., autos “Torre, Guillermo A. c/ Camuzzi Gas Pampeana s/ amparo”, registrada al T. LVII F. 10.032 del Libro de Sentencias).

Es en virtud de lo expuesto que entiendo que debe rechazarse también el agravio tratado.

Por todo ello, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por la O.A.M.

III. A continuación me ocuparé del recurso interpuesto por el I.O.M.A.

Uno de los argumentos principales del recurso se apoya en que el tratamiento solicitado es experimental, que en autos obran informes que avalan lo dicho, y que el sentenciante sólo fundó la procedencia del tratamiento en la opinión del Comité Interdisciplinario de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Sin embargo, varios son los elementos probatorios que avalan la procedencia del tratamiento. Así, a fs. 8 obra un certificado suscripto por dos médicos (Dra. Zelazko y Dr. Rosenzweig) pertenecientes al Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan, donde puede leerse: “El trasplante de precursores hematopoyéticos es una opción terapéutica válida y curativa para la EGC (...) 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”. Por su parte, el Dr. Roberto Santoro, en su declaración de fs. 114 y vta., se refiere al tratamiento curativo y sintetiza sus pasos como si no existiera otro, sin hacer ningún reparo al mismo, e incluso manifiesta que de las distintas variantes de la afección que padece el menor, estamos ante la peor, por lo cual es obvio que el tratamiento curativo es oportuno. A fs. 170 obra el informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P., el que expresa: “(...) La técnica de diagnóstico preimplantatorio propuesta está hoy científicamente avalada. Desde el punto de

vista ético, no se está pensando en sacrificar al feto, sino seleccionando un hermano que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin daño para el donante, priorizando el principio de Beneficencia y No maleficencia. Una sugerencia bioética es que tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes, debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos (...) En cuanto a la negativa de la cobertura de las prestadoras que surgen del expediente (...) consideramos que la salud es un derecho y un bien primario que le asiste a todo ser humano y que no puede ser tratado como una mercancía de costo-beneficio económico". A fs. 188 consta que el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas es una práctica consolidada para casos específicos en el Hospital Garrahan, aunque a fs. 187 también se aclara que se trata de un procedimiento poco frecuente. Esto último es lógico, pues la enfermedad que se intenta curar también es infrecuente (en el mismo informe de fs. 187 ello consta, en su parte final). A fs. 190 el informe del Dr. Ricardo Russo, en el que el citado profesional (reumatólogo pediatra) del Hospital Garrahan expresa que la factibilidad del tratamiento debe ser evaluado por los especialistas de trasplante de médula ósea, y que el trasplante de precursores de células hematopoyéticas de donante relacionado histoiéntico es un método curativo no experimental.

Ante los indicados elementos probatorios, no considero atendible el agravio en análisis. Por otra parte, ante la existencia de controversia científica sobre la conveniencia del tratamiento (pues es sabido que ante los vertiginosos avances de la tecnociencia médica surgen voces encontradas, sobre todo desde las opiniones éticas, e incluso jurídicas, ya que el derecho va "detrás" de los acontecimientos porque su evolución es más lenta, generándose incluso preocupantes "lagunas de la ley" que permiten variadas interpretaciones para la solución de una controversia), es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N.). En efecto, la citada Convención, en su art. 3.1, expresa: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por ello, propongo al Acuerdo el rechazo del agravio analizado.

El recurrente manifiesta que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud. Es evidente que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud, sino interpretando el plexo normativo

Poder Judicial de la Nación

aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial, por lo que el referido agravio debe rechazarse.

En otro de sus agravios, el apelante manifiesta que no existe consagración legislativa del reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal. Ante ello, cabe acotar –en primer término- que no estamos ante un simple procedimiento de fecundación asistida petitionado en aras del derecho a la planificación familiar o a la paternidad, sino ante un procedimiento que tiene por fin –además de la paternidad- curar a un niño gravemente enfermo, y con discapacidad certificada (fs. 5, 6, 9) y no controvertida por el recurrente. Es relevante, entonces, recordar que nuestro máximo Tribunal ha manifestado: “(...) ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que sitúa el asunto sino, también, la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud (...) considero que no puede escapar a este examen, en primer término, que la protección y la asistencia integral a la discapacidad (...) constituye una política pública en nuestro país; y, en segundo, que lo decidido compromete el ‘interés superior’ de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño (...) A este respecto, conviene recordar que (...) los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda (...) No es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo Nacional (...)” (CSJN, 8/6/2004, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina – Dirección General de Bienestar Personal Fuerza Aérea s/ Amparo”). Merece también especial mención el fallo dictado por la CNFed. Civ. y Com., sala I, el 13/12/2005, en autos “S., D. S. c/ Instituto Obra Social del Ejército” (publicado en LL del 30/6/2006, con comentario favorable de Rosales, Pablo O., “Cuando los jueces aplican el derecho con creatividad”, págs. 3 a 7), que estableció: “La obra social del ejército debe brindar cobertura integral para paliar la discapacidad sufrida por un hijo menor de un afiliado, pues, un ente situado en la órbita del Poder Ejecutivo de la Nación no puede dejar de lado la obligación de brindar atención y asistencia integral a la discapacidad que brindan las leyes 22.431, 24.901 (...), en tanto resulta obligación impostergable de la autoridad pública emprender acciones positivas dirigidas a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación (...) Debe condenarse a la obra

social del ejército accionada a brindar cobertura integral al hijo menor de un afiliado que presenta problemas de discapacidad, pues, a pesar de no estar expresamente incluida en el régimen de la ley 23.660, se halla compelida a cumplir los requisitos mínimos que la ley 24.901 (...) impone a las obras sociales que integran el sistema de salud en beneficio de todas las personas con discapacidad, posean o no cobertura social”.

Avalado por la discapacidad del niño cuya cura se propicia, su situación desventajosa, su alto nivel de vulnerabilidad y la necesidad del tratamiento petitionado, comparto los criterios jurisprudenciales vertidos y propongo el rechazo del agravio analizado, ya que de todo lo anteriormente expuesto se deduce la ilegitimidad de su accionar, conforme lo que he sostenido en los considerandos precedentes.

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

En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos. No se trata aquí de un matrimonio que sólo tiene deseos de concebir para satisfacer una expectativa paternal, sino de encontrar una alternativa humanamente viable para poder eliminar las gravísimas secuelas de la enfermedad que padece su otro hijo ya nacido, tal como se da cuenta en estas actuaciones. A modo de ejemplo vale citar similares procedimientos que se han empleado en Colombia con motivo de una enfermedad llamada Anemia de Fanconi, y en Gran Bretaña en el año 2004 cuando la Cámara de los Lores autorizara esta práctica por otra enfermedad de parecidas características (*ver Zambrizzi, Eduardo, “La cultura de la muerte”, LL del 4-7-2008*).

Y no se trata de crear con ello una subcategoría de ser 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.

Es en virtud de todo lo antes expuesto que a mi juicio los agravios vinculados con las cuestiones aquí debatidas y mencionadas anteriormente no pueden tener acogida favorable debiéndose, en consecuencia, confirmar en este aspecto el decisorio recurrido.

IV.- Resta aún el análisis de una cuestión fundamental. I.O.M.A. se agravia porque el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente destaca que ello es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones.

Más allá de constituir ello un asunto que no guarda un interés directo y concreto con las pretensiones que puede válidamente ostentar el Instituto, lo cierto es que la cuestión amerita su tratamiento por parte del Poder Judicial ya que el tema aquí expuesto resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido el destino de embriones humanos. Como bien se ha sostenido, las técnicas de procreación asistida y la decisión a adoptarse en torno a ello “desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público”. (Ver *Arias de Ronchietto, Catalina. “Procreación humana asistida. Estamos generando huérfanos?”*, cit. por Eduardo Zambrizzi, “La cultura de la muerte” en LL 4-7-2008).-

En tal sentido, el ya referido informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P. alertó sobre la cuestión, pero no por ello descartó la procedencia del reclamo del amparista ni desaconsejó el tratamiento en cuestión. En este orden de ideas, expresó que -tratándose de una fecundación in vitro y habiendo probables embriones restantes- debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos.

La sentencia recurrida, en su punto resolutorio segundo, determina en su parte pertinente: “(...) Se deja al criterio deontológico del profesional tratante del amparista, y el oportuno acuerdo con sus padres, el destino de los embriones residuales, luego de efectuado el procedimiento en cuestión, la fijación del límite de su eventual utilización en el campo experimental, conforme los parámetros regularmente aceptados por la ciencia médica actual”. De este modo, un tema tan delicado como el respeto a los Derechos Humanos de los embriones queda librado al criterio consensuado del profesional tratante y los padres, lo cual aparece como improcedente de frente al abordaje de temas vinculados con el

orden público y con el destino que corresponde otorgar a los embriones sobrantes del procedimiento aquí autorizado.

Por lo tanto, y sin que ello implique revocar el punto I) de la resolución apelada, propiciaré modificar el punto II), y suplantarlo por otro que se sugerirá al Acuerdo, teniendo como base las consideraciones siguientes.

a). En primer lugar debo aclarar que, si bien no es motivo expreso de agravio, juzgo oportuno señalar que lo aquí decidido no importa de modo alguno compartir las manifestaciones vertidas por el sentenciante respecto de la protección penal del feto y del comienzo de dicha protección (fs. 224 y vta.). Tales manifestaciones son respetadas en tanto se trata de opiniones personales del juzgador, pero considero que las mismas no son avaladas por el plexo normativo constitucional vigente. En efecto, las referencias ya expuestas respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del art. 1 de la misma efectuada por la ley 23.849 (art. 2), así como los demás tratados internacionales de jerarquía constitucional suscriptos por el Estado Argentino, otorgan protección a la vida humana desde el momento mismo de la concepción.

Es así como la citada Convención Americana de Derechos Humanos garantiza a toda persona el respeto por su vida a partir de la concepción, al igual que la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos – entre otros instrumentos internacionales de rango constitucional-, en concordancia con lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando a partir del precedente “Seguir y Dib” estableció que el derecho a la vida “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” (*Fallos 302:1284*) a partir del cual sólo pueden ser consagrados los demás derechos que se establecen como inherentes a dicha condición.-

Sin perjuicio de volver circunstancialmente sobre este asunto, debemos ocuparnos entonces del destino que habrá que otorgarles a aquellos embriones supernumerarios o no transferidos resultantes de esta práctica.

Para ello deviene imperioso establecer la condición jurídica de estas formas de vida, y asignarles –frente al vacío legislativo- un status que sea acorde con ello.

Así, debe señalarse que la cuestión del destino de los embriones “no transferidos” de los procedimientos de fertilización asistida es frecuentemente tratada por la doctrina, pero lamentablemente no cuenta aún con un andamiaje legislativo claro y concreto, a diferencia de lo que sucede en otros países del

orbe, como en el caso de Suecia con su ley sobre fecundación artificial de 1984 y la ley de fecundación “in vitro” de 1988, la normativa de Noruega y Dinamarca de 1987, la de España del año 1988, la legislación de Francia del año 1994 (*ver citas del precedente “Rabinovich” de la Cam. Nac. Civil Cap. Fed., Sala I, LL 2001-c-824*) y la de Alemania –por citar sólo alguna de ellas- con la sanción de la Ley de Protección de Embriones del año 1990, que restringe en forma drástica el número de óvulos que pueden generarse al practicarse la fecundación in Vitro, y que prohíbe categóricamente su creación con fines de investigación.-

Se señala –en términos generales– que “los derechos humanos, fundantes de todo el esquema normativo, configuran el gran límite a cualquier tipo de legislación o decisión judicial (...)” (*Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas”, JA 1994-IV-735*). Incluso en lo relativo al debate de la naturaleza médica y jurídica del embrión y más allá de esto último, es claro que la normativa nacional lo protege con toda su fuerza. En efecto, los arts. 63 y 70 del Código Civil determinan que la existencia de la persona humana comienza con su concepción. La referencia a que la concepción opere “dentro del seno materno” que Vélez Sársfield hizo no debe interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía (ni en la mente de los pensadores más imaginativos) otro medio de concepción más que el natural. A lo sumo, el artículo fue redundante, pero en la actualidad ninguna duda cabe acerca de la equiparación de cualquier tipo de concepción, uterina o extracorpórea. Una interpretación diferente chocaría contra los tratados internacionales de jerarquía constitucional que prohíben la discriminación y la igualdad ante la ley (art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica), e incluso contra el propio Código Civil, que en otros artículos no realiza distingo alguno respecto a los distintos tipos de concepción (por ejemplo, art. 264 C.C.). Como si todo ello fuera poco, la Convención sobre los Derechos del Niño determina que a los efectos de su aplicación, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (art. 1), sin distinción ni discriminación alguna por motivo alguno (art. 2); y la ley 23.849 (que aprobó la Convención y la incorporó a nuestro sistema jurídico) determinó que “Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2). Entonces, es claro que desde la concepción (corpórea o extracorpórea) estamos ante un ser, merecedor de la protección jurídica de la Convención Internacional citada, de la propia

Constitución Nacional Argentina, y de otros Acuerdos Internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

Es sumamente clarificante en este aspecto lo resuelto en un precedente similar por la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, cuando en consonancia con lo expuesto señalara que “Velez receptó en este punto la solución adoptada en el Esbozo de Freitas..y al referirse a la concepción buscó la protección de la persona a partir de su estadio inicial, incipiente, primario.”

Agrega el mencionado Tribunal que otras disposiciones legales avalan la posición aquí expuesta. En efecto, desde el art. 264 del Código Civil en su texto actual que establece la regulación de la patria potestad de los padres sobre sus hijos “desde la concepción de éstos”, hasta pasar por el art. 4 ° inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que garantiza el respeto por la vida “a partir del momento de la concepción”, y llegar a la ley 23.849 que aprobó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, aclarando el Estado Argentino que debe entenderse por niño todo ser humano “desde el momento de su concepción”, no cabe duda alguna que “en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” (*Cam. Nac. Civ., Cap. Fed., Sala I, “Rabinovich”, LL 2001-C-824*).

En sintonía con ello, y a nivel jurisprudencial, vale destacar que el Tribunal Superior Español ha extendido la protección constitucional de la vida humana también al embrión preimplantatorio, si bien con una intensidad menor que al ya implantado, y con mayor razón, a la persona ya nacida¹.

Como bien señala el Tribunal capitalino, un amplio sector de la doctrina reconoce al embrión la condición de persona y por ende, como sujeto de derecho. Así entre otros –por citar arbitrariamente algunos-, se inscriben en esta tesitura, autores como Jorge Mazzinghi (*LL 1978-C-993*), César Asteguieta (*ED 117-421*), Roberto Andorno (*ED 120-947*), Atilio Aníbal Alterini (*Cuerpo humano, Persona y Familia, en “Derecho de Familia”, Rubinzal- Culzoni, 1990*), Dolores Loyarte y Adriana Rotonda (*“Procreación humana artificial: un desafío bioético”, Depalma, 1995*), Alberto Rodríguez Varela (*ED 163-972*) y Rodolfo Barra (*LL 1996-D-1271*).

Todo lo precedentemente reseñado nos conduce a afirmar que indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción

¹ Cfr. STC 531/1985, de 11 de abril, cit. por Lorenzo Copello, P.: Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas II. Rubinzal-Culzoni. 2001, pag. 41 y sgtes.-

Poder Judicial de la Nación

deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos (Nallar, Florencia. “Destino de los embriones criopreservados. Especial referencia al Instituto de Adopción”, en *La ley online*).-

b). Lo expuesto anteriormente nos conduce ineludiblemente a establecer el momento a partir del cual debe comenzar la protección de la vida, o –dicho en otros términos-, a determinar cuál es el momento de la concepción que queda abarcada por dicha protección legal y constitucional.

No resulta del todo sencillo establecer el comienzo de este momento de la concepción para otorgar protección a la vida humana. A lo largo de los últimos tiempos se han ensayado distintas variables en torno a ello

Así, hay destacados autores que sostienen la “teoría de la fecundación”, fijando aquel momento en el instante en que el ovocito fecundado resultante de la penetración del óvulo por el espermatozoide, también llamado “cigoto”, contiene los veintitrés pares de cromosomas aportados por los gametos masculino y femenino, que ya le otorgan una composición genética única. Por ello se dice que nos encontramos frente a un persona en acto.

Por otra parte, están aquellos que extienden tal protección a un momento anterior a aquella fusión de los dos pronúcleos masculino y femenino. La célula que los contiene recibe el nombre de ovocito pronucleado que ya no es ni espermatozoide ni óvulo, y es ese mismo ovocito pronucleado el que marca el inicio de la vida humana desde que aparece como un ser dotado de humanidad que ha comenzado su propio ciclo vital, pues el desarrollo es un proceso gradual caracterizado principalmente por su progresividad creciente hasta alcanzar un fin estructural y funcional.

Además de lo expuesto, debe destacarse que entre 18 y 20 horas después de la penetración del espermatozoide en el óvulo, se produce la unión de los pronúcleos de ambas células, procedimiento conocido con el nombre de singamia. Al fusionarse los pronúcleos se transmiten las informaciones genéticas de los gametos creándose así una nueva célula (cigoto), con su nueva y única identidad genérica, posición defendida por el destacado especialista Jérôme Lejeune, quien afirma la condición de ser humano del embrión desde la singamia, al igual que la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires (Ver Gorini, Jorge, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la píldora del día después”, *LL, Supl. Actualidad*, 7-8-2003).-

Por último, la teoría de la implantación o anidación, que establece el comienzo de la vida con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre el día séptimo a catorce de la evolución, ya que

con la anidación se define la unicidad y la unidad del embrión. Se agrega a ello, además, una nueva teoría que establece el comienzo de la vida humana a partir del decimoquinto día posterior a la fecundación, dado que a partir de allí se inicia la formación del sistema nervioso central, lo que constituiría –esta circunstancia- la verdadera instancia diferenciadora.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debo coincidir con aquella postura que establece el comienzo de la vida humana, o mejor dicho, el momento de la protección legal y constitucional de la vida, con el momento en que tiene lugar la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación, entendiendo que a partir de allí existe un ser humano en estado embrionario; debiendo agregar –como lo hiciera la Cámara Nacional de Capital Federal, Sala I, en el precedente ya citado-, que el debate científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimido judicialmente, y las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo sin extremar indebidamente la analogía, pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta a los gametos, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal, y por ello “la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea, sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre”.-

Si bien no existe un consenso científico que determine exactamente el momento mismo de aquel suceso, lo cierto es que ya no puede sostenerse aquella teoría que marca el comienzo de la vida cuando el embrión se anida en la pared uterina, o la que lo hace coincidir con la aparición de la cresta neuronal. La vida requiere su protección desde el mismo instante de que comienza a existir un nuevo ser que ya cuenta con un código genético único e irrepetible, mereciendo su protección desde que el óvulo es fecundado al igual que los ovocitos pronucleados, como células peculiares que se comportan en forma independiente (*ver fallo Cámara Civil Cap. Fed. ya citado*). Y más allá de las disquisiciones científicas que puedan hacerse al respecto, no cabe duda alguna que el embrión –como tal- debe considerarse en términos de ser humano aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico de todo un proceso en desarrollo.

En consecuencia, y por todo lo reseñado precedentemente, sostengo que la protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la

Poder Judicial de la Nación

carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano.-

Sin ninguna duda, y ante todo lo expuesto, los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno.

Es así que para preservar sus derechos inalienables deben establecerse una serie de restricciones que amparen los más elementales derechos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del ser humano que son amparados desde la concepción dentro o fuera del seno materno.-

c). Como se ha expresado, permitir el “descarte” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “utilización en el campo experimental” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana.

Nos encontramos aquí frente a una perspectiva jurídica que exige el respeto a la dignidad del ser humano desde el mismo momento en que ha sido concebido, pues desde allí es que adquiere una serie de derechos inalienables que no deben ser impunemente conculcados, independientemente de su condición, su estado de su salud, raza o cualquier otra circunstancia². En definitiva, la exigencia del cabal respeto por la vida humana desde su concepción.

Es por tanto que necesariamente debe existir un “derecho del embrión” incluso aún cuando no tenga un soporte normativo expreso en nuestro país que lo contemple, y que dentro de esta gama de prerrogativas exista un derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción.

Por ello, y aunque sea moralmente discutible y hasta calificada por algunos como “inmoral” la práctica misma de la fecundación in vitro, no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección, que la técnica de la crioconservación de aquellos embriones que pudieran resultar sobrantes o “supernumerarios”, por lo menos hasta el

² En tal sentido concordante, ver los trabajos de Eduardo Zambrizzi ya citado,; Adriana Krasnow, “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LL 20-11-2007; Marcos Córdoba, “Derechos de las personas humanas no nacidas”, LL 12-9-2008; Florencia Nallar, “Destino de los embriones crioconservados. Especial referencia al instituto de Adopción”, La Ley On Line; Rodolfo Murillas, “Delitos relativos a la manipulación genética. Un aporte para el futuro Código Penal de la Nación”, ADLA LXVI-C, 3541; Jorge Gorini, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la píldora del día después”, Sup. Ac. LL 7-8-2003; Soraya Nadia Hidalgo, “Congelamiento y destrucción de embriones. Avance o retroceso?”, LL 1993-D-1103, y las profusas citas contenidas en dichos trabajos.-

momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de vida.

Efectivamente, tal como dice Soto Lamadrid “si admitimos la fecundación in vitro y las técnicas de poliovulación inducida, entonces el método de conservación en frío nos resultará un complemento material para garantizar que los embriones eventualmente sobrantes, puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia...ya que en realidad no se pretende afectar la vida o la respetabilidad del ser humano” (cfr. Soto Lamadrid, Miguel A., “Biogenética, filiación y delito”, Bs. As. 1990, cit. por Soraya Nadia Hidalgo, “Congelamiento y destrucción de embriones. Avance o retroceso?”, LL 1993-D-1103), sino todo lo contrario, utilizando esta técnica de conservación como un remedio de excepción en los casos en que no es posible la transferencia inmediata a su madre biológica o a otra mujer receptora. Es así que inevitablemente se impone la conservación del embrión para una sucesiva transferencia, ya que de no seguirse este camino, ese individuo estaría condenado inexorablemente a la muerte (ver Roberto Andorno, “El derecho a la vida. Cuándo comienza?”, ED 131-904, cit. *idem.* anterior).-

Lamentablemente –por el momento- no son muchas las alternativas que pueden asignarse a los embriones supernumerarios que son empleados en la especie para el objetivo emprendido.

Cabe destacar –siguiendo a Nallar en la obra antes citada- que países como Holanda y Alemania prevén la crioconservación por tiempo indefinido de los embriones, aunque ello no pone fin a la cuestión. A diferencia de esta mecánica, también se contempla el descarte de tales embriones una vez transcurrido un determinado período de tiempo sin que los mismos hayan sido reclamados por sus progenitores, como sucede en Gran Bretaña donde se dispone la destrucción de embriones que no fuesen reclamados en un lapso de cinco años. En igual sentido, las legislaciones de Australia, Francia y Canadá establecen términos similares, luego de transcurridos los cuales se procede a la destrucción de los embriones supernumerarios.

Otra alternativa que se baraja a nivel internacional consiste en la utilización de dichos embriones en las prácticas de investigaciones científicas, fundamentalmente a partir de 1998 cuando se demostró que del tejido embrionario se pueden obtener cultivos de células estaminales o células madres que son aquellas que poseen la capacidad de reproducirse constantemente y de transformarse en células especializadas del cuerpo humano.

Poder Judicial de la Nación

Aún mas. Si bien por ahora, como dice Colautti³, por ahora no existen datos fehacientes sobre la posibilidad de que los experimentos de clonación conocidos, puedan transferirse sin más a seres humanos, debe de todos modos dejarse asentada su expresa prohibición –al menos- en el caso sub-exámene. Principalmente, en torno a ello, teniendo en consideración la resolución ratificada por Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Clonación, elaborada en febrero del mismo año por el Comité de trabajo creado a tal fin, que insta a los Estados a que “prohíban todas las formas de clonación contrarias a la dignidad humana y a la protección de la vida”, con la salvedad efectuada por nuestro país.

Al margen de lo expuesto, considero que tales alternativas no pueden válidamente ser usadas dentro del marco legal y constitucional del ordenamiento argentino ya que tal proceder atenta contra la vida, la integridad física y dignidad de la persona humana, por lo cual debe señalarse su absoluta prohibición en tal sentido.

Quizás, y a modo de propuesta, coincidiendo con algunos criterios doctrinarios en este aspecto, el único camino posible sea la regulación de la adopción de tales embriones crioconservados cuando los padres biológicos por razones ajenas a su voluntad no puedan llevar a cabo la implantación de tales embriones. Concuera con esta alternativa el Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida de 1997, aprobado por el Senado de la Nación Argentina, en donde se contemplaba expresamente el instituto de la adopción para los embriones sobrantes a efectos de posibilitar la maternidad y paternidad a parejas que padezcan de esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente, a través de los procedimientos que deberían llevarse a cabo por médicos o centros médicos especializados a ese fin, aplicando por analogía las disposiciones sobre esta adopción prenatal a los óvulos fecundados. Incluso otros proyectos presentados al Congreso Nacional contemplaban un plazo para conservar a tales embriones, vencido el cual los padres debería aceptarlos o autorizar las disposición judicial de los mismos para su adopción prenatal, perdiendo en este caso todos los derechos sobre los embriones cedidos. (*Ver Proyecto Senador Sapag, cit. por Florencia Nallar en la obra ya citada*).

Por ello, propongo que, en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal que ampare y proteja sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente y se

³ Colautti, Carlos, ob. cit., LL 1997-E-1452.-

dieran los demás requisitos exigidos por la legislación argentina específica y aplicable al caso. Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos ya referidos, propongo que se decrete medida de no innovar respecto de los embriones resultantes crioconservados, ordenando al a quo a practicar las diligencias necesarias para nombrar un tutor de dichos embriones en los términos de los arts. 377, 392, 397 inc. 8, siguientes y concordantes del Código Civil bajo la inspección y vigilancia del Ministerio Público Tutelar de la Defensoría Oficial, quien deberá ser informado (junto al propio juez actuante como al Ministerio Público) de cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, que deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (luego de la intervención de los mencionados) sólo si no se vulneran los derechos mencionados de los embriones y en tanto ello no se oponga a la dignidad del ser humano, prohibiéndose expresamente cualquier forma de manipulación genética, experimentación o clonación a su respecto y por su puesto, su destrucción o descarte.-

Otro aspecto no menos importante en relación a lo aquí decidido está representado por la autoridad que debería sufragar los gastos que demande la técnica de crioconservación dispuesta precedentemente.

En tal sentido es de destacar que el Estado Nacional no ha sido demandado en estas actuaciones, pero a la vez, resulta aquél ser el garante y custodio principal de todos los derechos inherentes a los ciudadanos y principalmente, del derecho a la vida (ver arts. 33 y 75 inc. 22 C. N., arts. 1° y 4°:1 C.A.D.H, y arts. 2°: 1 y 6°: 1 P.D.C.Y.P., entre otros).-

En tales condiciones y no siendo posible en términos jurídicos imponer una obligación de tal naturaleza al Estado argentino, entiendo que el Ministerio Público tutelar de la Defensoría, en forma conjunta con el tutor que sea designado por el Sr. Juez de la Primera Instancia, deberá ocurrir en forma inmediata por ante las autoridades pertinentes a fin de solicitar tal atención en aras de la protección de los embriones que aquí se le encomienda, y realizar las gestiones necesarias a efectos de obtener la íntegra cobertura de los gastos que pueda demandar el procedimiento ordenado a fin de garantizar la integridad y la vida de los eventuales embriones no transferidos.-

Asimismo, y en razón a que con respecto a los embriones supernumerarios y la criopreservación de embriones a efectos de practicar técnicas asistidas de embarazo, sería aconsejable que en primer lugar la ley civil establezca las condiciones, características y requisitos propios de tales actividades, propongo ordenar al a quo que libre un oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones “sobrantes” de las técnicas de fertilización

Poder Judicial de la Nación

asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación para su eventual tratamiento por parte del órgano deliberativo.

V. Resta –finalmente- analizar el recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación, referido a la imposición de las costas del proceso.

Si bien es cierto que en esta materia el principio general aplicable es que las costas deben cargarse a la parte vencida, también es incuestionable que el régimen legal permite al juez “eximir total o parcialmente de esta responsabilidad a litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad” (2da. parte del art. 68 CPCCN, aplicable en virtud del art. 17 de la ley 16.986).

La fundamentación de la imposición de las costas en el orden causado que el a quo lleva a cabo en su sentencia luce a fs. 227. Por lo tanto, resta valorar si las causas invocadas por el sentenciante justifican su decisión.

Luego del análisis de la totalidad del expediente, e incluso de los recursos anteriormente resueltos, no me cabe duda acerca del acierto del fallo recurrido.

En efecto, el tratamiento solicitado es novedoso en la ciencia médica, pues su implementación es reciente. Desde el multidisciplinario campo bioético, la cuestión origina numerosos debates, por varias razones. En efecto, tanto desde el punto de vista de la fertilización asistida y el destino de los embriones sobrantes, como desde el hecho de generar un nuevo ser con el principal objetivo de servir como medio de cura para otro (lo que, viendo al ser humano como un “fin en sí mismo”, puede generar diversas opiniones y cuestionamientos), el tema abordado resulta delicado. Finalmente, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es evidente que todas las partes pudieron creerse con derecho a litigar, pues normas de diversa naturaleza parecen avalar sus diferentes posturas (aunque, en realidad, la jerarquía de unas triunfa sobre otras), y los reparos que desde la medicina, la genética y la bioética pueden hacerse tienen consecuencias en el análisis jurídico de la situación, lo que genera dudas razonables en los justiciables.

Por lo tanto, propongo el rechazo del recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación.

Además, y por los mismos fundamentos, propongo que las costas de Alzada de todos los recursos analizados se impongan en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCCN, art. 17 ley 16.986).

VI. Por todo lo expuesto, de conformidad con las disposiciones legales nacionales e internacionales citadas y los precedentes judiciales apuntados a lo largo de los considerandos, propongo al Acuerdo:

1) Dejar sin efecto el punto resolutivo segundo del Fallo apelado (fs. 228), y suplantarlos por el siguiente: “II) Tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones”, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público tutelar –conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.-

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

3) Confirmar el resto de la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso y agravio.

4) Imponer las costas de Alzada de los recursos interpuestos, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986)

Tal es mi voto.

El Dr. Ferro dijo:

Que comenzando este voto y como primera medida debo destacar, que en esta acción de amparo ha sido condenada la OAM, quien nunca fue demandada en estos autos, conforme se desprende de fs. 68, pto. I “objeto”, en el cual –expresamente- los amparistas promueven medida autosatisfactiva solamente contra el Instituto de Obra Médica Asistencial; ahora bien, sin perjuicio que en lo que hace -exclusivamente- a la **medida cautelar innovativa** los actores solicitan que IOMA y a OAM sufraguen el total del tratamiento que se requiere por esta acción, a fs. 72, pero sin embargo y nuevamente al referirse a la medida cautelar innovativa, observo que en la solicitud ahora se hace mención exclusivamente a IOMA.

Luego que el aquo dispusiera a fs. 74 intimar, curiosamente “a los amparistas” -sic-, cuando no eran tales, a fs. 95/7 cuando provee el escrito de promoción de la cautelar planteada oportunamente, decide reconducir el planteo de la autosatisfactiva y dispone el trámite de una acción de amparo la cual la dirige, como a fs. 74, pretorianamente contra IOMA y OAM.

En esa tesitura, requiere los informes y al contestar la segunda de las citadas, a fs. 132/44, y luego de efectuar diversas consideraciones sobre lo demandado, advierte a fs. 135 que los actores accionaron sólo contra IOMA; no obstante lo delicado de esa situación procesal, en las sucesivas decisiones y resoluciones dictadas por el aquo, nunca resolvió sobre tal cuestión procesal.

A este respecto, debe recordarse que a efectos que una persona física o jurídica pueda ser tenida por parte, es necesario que participe nominalmente en el pleito y sustancialmente que tenga en el litigio un interés directo, de manera tal que la sentencia que se dicte, le resulte obligatoria.

Nada de ello acontece en el sub lite donde OAM ha sido traída al ahora juicio de amparo, por voluntad del magistrado, como señalé antes y sin que siquiera IOMA lo citara como tercero al evacuar el informe de ley.

En consecuencia, al no haber sido OAM demandado por los actores interesados y quien sólo efectuó presentaciones en aras de su derecho de defensa ya que, insisto, no había sido citada y en base al principio de congruencia obsta la posibilidad que OAM pueda ser condenada pues no fue demandada.

De ahí, entonces, que la sentencia -en ese punto- debe ser revocada.

Entrando ahora, a la restante cuestión de fondo, en razón de compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, en lo que a IOMA respecta, he de adherir a la solución propiciada y solo, en homenaje a la brevedad y a los tiempos que exige esta causa en razón de su naturaleza, me permitiré añadir una breve consideración sobre el tema.

Debo significar, prioritariamente y en sentido adverso a los fundamentos esgrimidos por la demandada, que tanto las prepagas y las obras sociales están obligadas a atender todos los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, **más allá de cómo hayan sido concebidos los bebés**. Y así lo dispone la ley nacional N° 24.754 que fija el Programa Médico Obligatorio (Resolución 201/2002), que comprende los servicios básicos que deben recibir los afiliados, incluso aquellos recién nacidos por tratamientos de fertilización asistida, puesto que, en caso contrario, sería una forma de discriminación hacia los bebés que nacen in vitro y entiendo, además, que se debería aplicar el art. 45 de la ley de defensa del consumidor.

El argumento referido y esbozado respecto que este tratamiento de fertilización asistida, implica costos excesivos para las empresas y genera por ende resistencia y negativa a la cobertura, como se ha visto lamentablemente en estos autos, tratando de priorizar un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos sagrados, como lo son el derecho a la vida, a una integridad física, etc. sin advertir que tales gastos o problemas de costos en relación con el derecho que tienden a proteger, deben ser asumidos por las empresas pues están dentro del riesgo empresario.

El argumento, respecto que una medida como la que cuestiona genera riesgo de subsistencia de las empresas y perjudica a todos los afiliados, porque podrían hacer aumentar las cuotas, ronda el absurdo y no cabe otra solución que la propuesta por mi colega en su voto que por su claridad y fundamentación, no admite otra interpretación en contrario.

Ahora bien y en este orden de ideas, debemos tener presente que las técnicas de reproducción humana asistida, han ido abriendo cada vez más posibilidades para la prevención del nacimiento de niños portadores de patologías transmitidas por sus progenitores, que luego podrían padecer ellos mismos desde su infancia o adolescencia o tal vez mucho antes.

En el caso de marras, creo que lo más importante que tiene la pareja actora no pasa simplemente por tener otro hijo, sino de salvar la vida de otro hijo; entonces, a partir de esa base surgen aspectos legales que me imponen priorizar determinados derechos y normas en mérito a lo que está en juego.

Refiere la demandada que no hay normas respecto de la fertilización asistida; sin embargo creo, sin hesitación alguna, existen normas generales que tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación y me estoy refiriendo al derecho a la salud y primordialmente al derecho a la vida, consagrados en la Ley Fundamental y en el derecho internacional, a través de la Convención de los Derechos del Niño, derechos que peticionan los padres en defensa de su hijo S.

y debo advertir que si supuestamente no hay normas particulares sobre el tema, se deben a que los legisladores no son omnipotentes y, obviamente, no pueden prever todas las situaciones que puedan presentar en el futuro distintos casos.

En este aspecto debe significarse, a mi juicio, que si bien sobre la Convención sobre los Derechos del Niño nuestro país ha declarado que se entiende por niño todo ser humano desde la concepción, no puedo obviar el fallo “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” (Fallo P.709.XXXVI) en el cual en su considerando 10, la Corte Suprema de Justicia refirió que la vida comienza con la fecundación, motivo por el cual –creo- carece de incidencia fijar una determinada posición sobre el tema, cuando la índole de la cuestión planteada no lo amerita.

Sentado ello, prosigo refiriendo que aquellos derechos, no pueden ser imaginado como un conjunto de normas que le asista a ellos, sino que frente a la situación particular en que se encuentra el niño enfermo y discapacitado, el derecho subjetivo que le asiste será independiente de lo que disponen el derecho objetivo por cuanto son facultades y poderes innatos a las personas que los tienen por el solo hecho de ser personas, tales como el de vivir, el derecho a la salud, a una vida digna y que aún existirían, me animaría a sostenerlo, aún cuando hipotéticamente se derogara la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

A ese respecto, ha señalado Carlos Nino que “el derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera, no sería digno de ser llamado “derecho”.

Esta determinación sobre el derecho subjetivo, tuvo su coronación en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, como culminación de la Revolución Francesa, en la cual se establece que el fin último de los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, tales como el derecho a la libertad, a la vida, a la salud, entre otros. Y sobreabundando en materia de derechos, debo significar que esos derechos individuales, reitero el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al debido proceso, etc. son derechos morales que la gente los tiene, independientemente de lo que disponga el sistema jurídico por cuanto los órganos estatales tienen el deber de reconocerlos dictando normas que los reconozcan y no que los restrinjan, habida cuenta que el objeto que todas las leyes poseen “es incrementar la felicidad general de la comunidad y sus componentes y por lo tanto, deben excluir cualquier cosa que tienda a destruir esa felicidad; en otras palabras, excluir lo que sea pernicioso⁴.

⁴ Bentham: An introduction to the Principles of Morals and Legislation.

En este orden de ideas, entiendo, no se debería ignorar lo que refiere la legislación española sobre este tema que desde 1970 viene tratando esta delicada cuestión y perfeccionando la regulación normativa de las técnicas de fertilización asistida y su aplicación a las diversas situaciones que puedan quedar por ella determinadas. En este contexto, rescato la ley 35 del 22 de noviembre de 1988, la ley 45 del 21 de noviembre de 2003 y por último, la 14 del 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En esta última norma, y en apoyo de la razón de los actores en aras de la salud de su hijo Santiago, tengo presente la inteligencia que dimana de su texto, como de la exposición de motivos en cuanto determinan que el diagnóstico médico preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas, que en la actualidad carecen de tratamiento, y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que en determinados casos y bajo estricto control y autorización administrativa, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

Frente a tal clara disposición, el objeto que se persigue en esta acción, el altruismo por parte de la familia actora, -a mi juicio- sería impensable que una autoridad judicial sin contar con la idoneidad y especialidad en la materia pudiera dejar de lado la normativa subjetiva aplicable al caso, por cuanto es respetuosa del derecho a la vida y a la salud.

En este otro orden de ideas, la Corte Suprema ha señalado que “ El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (falos 302:1284; 310:112; 323:1339 y P. 709-XXXVI Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y acción Social s/ amparo) y ha significado que “ el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en si mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479, votos concurrentes).

Pues bien, la pareja o familia actora no se presenta a buscar tutela judicial para simplemente tener otro hijo sino, en una actitud encomiable y diría humana, para de ese modo salvar la vida de otro de su hijo y es en ese aspecto, para el cual debemos acudir a la aplicación de los derechos que van a salvaguardar la vida y salud de Santiago.

Asimismo, debo señalar que los idóneos y expertos no han objetado la intención del matrimonio Loo- Pereyra, por cuanto la técnica medicina apoya tal actitud para salvar la vida de su hijo S y en esa tesitura, debemos los Jueces alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el

Poder Judicial de la Nación

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 solo debe ser otorgada por las reglas del sistema que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos.

Cuadra añadir, por último, y en relación a lo argumentado por IOMA respecto que esta cuestión es solo un método experimental, que ello es totalmente desacertado; para contrarrestar esa temeraria postura, basta con remitirse a los dictámenes de idóneos obrantes en la causa, ninguno de los cuales han sido desmentido o cuestionado científicamente por dicha parte, sino solo se los ha criticado con simples manifestaciones a las cuales, no cabe asignarle más valor que tal.

Ya para concluir y sobre el congelamiento de los embriones sobrantes, confieso que me produce escozor tal congelamiento pues hay cualquier cantidad de ellos congelados y todavía no se sabe qué destino se les dará; si bien comparto la posición del Juez Tazza, me permitiría añadir que también con autorización judicial, ante la ausencia de una regla sobre las autoridades sanitarias como lo contempla y se exige en España, previa voluntad expresa de los progenitores mediante el instrumento público respectivo, se pudiera colaborar en una donación de embrión, pues permitiría la posibilidad de que alguien “lo adopte”, solución ésta que creo armoniza la parte humana con la parte judicial.

De no accederse a tales destinos, otros posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, siguiendo la legislación española, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, serían la donación con fines reproductivos o con fines de investigación.

Con estas salvedades, adhiero a la solución propuesta en el voto que antecede.

Tal es mi voto.

El Dr. Comparato dijo:

Habiendo sido convocado para decidir en esta cuestión, aclaro que mi opinión se circunscribirá exclusivamente al tema motivo de la disidencia, esto es si la mutual OAM puede ser considerada o no como parte demandada y a partir de allí, si puede serle extendida la sentencia dictada por el Sr. Juez a-quo.

Y en tal sentido luego de haber analizado minuciosamente los votos de los distinguidos Camaristas, considero que la mutual OAM ha ejercido todos los recursos que el ordenamiento procesal pone a su disposición para ejercitar adecuadamente su defensa en juicio, resaltando además que dicha mutual en ningún momento ha utilizado como elemento defensivo el hecho de no haber sido expresamente demandada al inicio del proceso.

Sentado ello y compartiendo los fundamentos vertidos por el Dr. Tazza, me adhiero a la solución propuesta para el Acuerdo por el citado Magistrado.

Tal es mi voto.

/// del Plata, 29 de diciembre de 2008.

VISTOS:

Estos autos caratulados: “**LOO, Hernán Alejandro y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo**”. Expediente N° 11.578 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaria N° 1 (Expte 78.002) de esta ciudad y lo que surge del Acuerdo que antecede

SE RESUELVE:

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Comparato)

Por los fundamentos expuestos en los considerandos, mantener a la co-demandada O.A.M. en su calidad de parte interviniente en la presente contienda.

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Ferro)

1) Dejar sin efecto el punto resolutivo segundo del Fallo apelado (fs. 228), y suplantarlo por el siguiente: “II) Tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretese medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones”, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público tutelar –conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.-

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

3) Confirmar el resto de la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso y agravio.

4) Imponer las costas de Alzada de los recursos interpuestos, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte C.P.C.C.N., art. 17 ley 16.986).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

FERRO-TAZZA-COMPARATO

T° XCVIII F° 14563

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N..