

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa: Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud.

Buenos Aires, 14 de Agosto de 2018

Vistos los autos: "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud"

Considerando

1º) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y condenó al IOSE a brindar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida (ICSI), incluyendo el 100% de los procedimientos y la criopreservación de embriones, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante hasta la consecución del embarazo (fs. 217/221)

2º) Que, apelada esa decisión por la demandada, a su turno, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal la confirmó en lo sustancial pero limitó a tres los procedimientos puestos a cargo del IOSE y a 18 meses el plazo para la crioconservación de embriones (fs. 251/252). Para resolver de esa forma el a quo consideró, en lo que interesa, que 1) el art. 8º/ Anexo I, del decreto 956/2013 establece que "En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos"; 2) la interpretación que proponía la actora, esto es que la normativa autoriza tres tratamientos anuales de alta complejidad, implicaba en la práctica dar un alcance

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

RIGHT TO REPRODUCTIVE HEALTH

NADIA VIRGINIA COPELLO¹

RESUMEN:

El derecho a la salud reproductiva tiene una relación directa con el derecho a la vida, encontrándose amparado por los tratados internacionales de derechos humanos. Es razonable que existan limitaciones a estos derechos, puesto que no son absolutos, pero estas restricciones deben ser razonables. En el caso que analizaremos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adopta una posición intermedia respecto del derecho a la salud reproductiva. Para ello, partiendo de la finalidad de la ley 26.862, esto es: *"garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"*² y, teniendo en cuenta los derechos en juego, resolvió en favor de la vigencia del derecho dentro de parámetros razonables.

1 Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Auxiliar Administrativo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. Adscripta de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: copellonadiav@gmail.com - ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9557-107>

2 Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

2 Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

casi ilimitado a la obligación lo cual no resultaba compatible con el texto del decreto, con la naturaleza de la prestación y con la extensión reconocida anteriormente en otras jurisdicciones; 3) la demandada, pues, debía asumir un tratamiento, "toda vez que no existe controversia en cuanto a que los actores se realizaron uno a cargo de la accionada con anterioridad a la promoción del amparo y otro como consecuencia de la medida cautelar". En cuanto a la cobertura de la criopreservación de embriones entendió que la demandada no podía eludir su cumplimiento ya que se trata de una práctica que la norma -cuya constitucionalidad no había sido objetada- incluye en las "técnicas de alta complejidad". En cambio, advirtió que resultaba procedente el agravio relativo al alcance indeterminado de la cobertura por lo que, ante la ausencia de previsión legal, juzgó prudente establecer que la asunción de esa obligación no podía exceder de dieciocho meses en función de la naturaleza del tratamiento.

3o) Que, contra tal pronunciamiento la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 259/272, que fue parcialmente concedido a fs. 291/291 vta. y que, en esa medida, resulta procedente en cuanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal y la decisión apelada es contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

Es apropiado recordar que, como lo ha puesto de relieve en repetidas oportunidades, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 315:1492; 330:2416, entre muchos otros) sin necesidad de abordar todos los temas propuestos sino aquellos que, sean conducentes para una correcta solución del caso (Fallos: 301:970; 303:135; 307:951, entre muchos otros).

4°) Que, con arreglo a lo establecido en su primer artículo, la ley 26.862 "tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". A tal efecto, según el art. 2° de la norma, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...". La ley pone

ABSTRACT:

The right to reproductive health is directly related to the right to life, being protected by international human rights treaties. It is reasonable that there are limitations to these rights, since they are not absolute, but these restrictions must be reasonable. In the case we will analyze, the Supreme Court of Justice of the Nation adopts an intermediate position regarding the right to reproductive health. To do this, based on the purpose of Law 26.862, this is: "guaranteeing comprehensive access to medico-assistance procedures and techniques of medically assisted reproduction" and, taking into account the rights at stake, resolved in favor of the validity of the right within reasonable parameters.

Palabras Claves: Derecho a la salud; derechos sexuales y reproductivos; técnicas de reproducción humana asistida; cobertura médica integral; criopreservación de embriones.

Key Words: Right to health; sexual and reproductive rights; assisted human reproduction techniques; comprehensive medical coverage; embryo cryopreservation.

I. Breve reseña del fallo

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°7 se inició una acción de amparo con el objeto de requerir la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida (ICSI), a cargo de la obra social -en este caso IOSE- al 100%. Incluyendo los procedimientos y la criopreservación de embriones. En esta primera instancia, el juez condenó a la obra social a cubrir la totalidad de los procedimientos hasta la consecución del embarazo.

En contra de ella, la demandada apeló dicha resolución. La Cámara Nacional de Apela-

a cargo de un vasto número de agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médico-asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean, "la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios, que establezca la autoridad de aplicación...", e incluye "en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (cfr. art. 8o).

Las expresiones transcriptas son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779, entre otros). El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (conf. doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2o, último párrafo de la ley).

5o) Que, frente a esa conceptualización, y por las razones que a continuación se expondrán, resulta inconveniente la interpretación que la cámara efectuó de las disposiciones reglamentarias sobre cuya base concluyó que el acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se restringe a tres intervenciones en total. Convalidar tal inteligencia importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental.

.....

ciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó parcialmente el resolutorio. Estableció dos límites a la cobertura dispuesta por el magistrado de la anterior instancia: 1) a un total de tres la cantidad de procedimientos de alta complejidad que debía asumir la obra social y, 2) a 18 meses el plazo para la crioconservación de los embriones.

No conforme con ello, la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal abriendo la instancia ante el máximo tribunal de la Nación. La Corte, en su turno, adoptó una posición intermedia. Resaltó la importancia del derecho a la vida y su íntima relación con el derecho a la salud reproductiva, la finalidad de la normativa en cuestión e indicó que la reglamentación del ejercicio de derechos no puede, de manera alguna, ir contra el mismo derecho. En esta línea de ideas, entendió que adoptar una postura como la de la Cámara, limitando la cantidad de tratamientos a cargo de la Obra Social y estableciendo un plazo exiguo para la crioconservación de embriones, implicaría oponerse a la finalidad de la norma.

Es por ello que, la Corte Suprema decidió que la única interpretación admisible es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anuales" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad. Y con relación al plazo para la cripreservación entendió que la limitación temporal de 18 meses no era razonable, presentándose como insuficiente conforme el tratamiento médico prescripto.

En conclusión, el máximo tribunal revocó la resolución impugnada y remitió el caso al juzgado de origen a fin de que dicte una nueva sentencia conforme a sus consideraciones.

II. Técnicas de reproducción humana asistida

La reproducción asistida o fecundación artificial es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o sustituyen los procesos naturales para concretar un embarazo.

El art. 8° del decreto 956/2013 prescribe -en lo pertinente- que "...En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos" Como surge de su texto, la única precisión que establece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidad es que una persona puede acceder a un máximo de "tres". El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de "tres" intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra "anual".

6o) Que es oportuno mencionar que la autoridad de aplicación dictó el 2 de enero de 2017 la resolución MSN L-E/2017 mediante la cual definió varios aspectos reglados por el decreto 956/2013. En su art. 1° esa resolución prescribe que "para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contempladas en (los anexos) ... que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el art. 8o, tercer párrafo, del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/13".

Dada la fecha de su emisión, la disposición administrativa transcrita no ha podido ser invocada por las partes de esta causa ni tomada en cuenta por los jueces intervinientes en sus pronunciamientos. Más allá de esa circunstancia, tampoco corresponde hacer mérito de ella a los fines de desentrañar los alcances del decreto 956/2013 en orden a resolver la controversia suscitada pues, en función de las razones expuestas en el

Hay distintos tipos de reproducción asistida. En Argentina, la ley 26.862 regula el acceso a la reproducción humana médicamente asistida (RHMA), reconociendo dos tipos de tratamientos: los de baja (TRHA/BC) y de alta (TRHA/AC) complejidad. Para mayor entendimiento, el artículo 2 del decreto reglamentario define a las técnicas de baja complejidad como aquellas en las que la unión entre óvulo y espermatozoides se da en el interior del sistema reproductor femenino. Y en las de alta complejidad dicha unión se da por fuera del cuerpo de la mujer.

La ley 26.862 fue sancionada en el año 2013 y, junto a su decreto reglamentario N°956/2013 y las resoluciones administrativas del Ministerio de Salud de la Nación, conforman un bloque normativo que tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales para lograr un embarazo"³.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce como fuente de filiación aquellas que tienen lugar a raíz de técnicas de reproducción humana asistida en su artículo 558, para luego dedicarle un capítulo a reglas generales relativas a este tipo de filiación - artículos 560 a 564-⁴.

La reglamentación prevé el "acceso integral" a estos procedimientos y los incluye dentro del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), quedando obligados a brindar dicha cobertura los agentes del sistema nacional, tales como las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean. Asimismo, obliga al propio sistema de salud público a cubrir la prestación a quienes no posean otra cobertura de salud.

³ Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2014).

considerando anterior, si no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desnaturalice los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en la ley reglamentada, menos aún puede aceptarse que a ese resultado se llegue por aplicación de una regulación de rango inferior.

Se sigue de lo expuesto hasta aquí que la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anuales" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.

7o) Que, por lo demás, si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la criopreservación de embriones a cargo de los prestadores de servicios de salud -como juzgó la cámara-, esa determinación no puede constituir un obstáculo para la consecución del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación -interpretados a la luz del criterio expuesto anteriormente-, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva. El exiguo lapso fijado por el a quo al efecto no satisface esa exigencia por lo que también la sentencia recurrida debe ser descalificada en este aspecto.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo, con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que los planteos de la recurrente encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de la brevedad.

Por ello, de conformidad a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente

Recordemos que, en Argentina dado su sistema federal de gobierno conviven dos órbitas de poder, por lo que debemos tener en cuenta que *"Estas normas son de aplicación en todo el país, pero no rigen de forma automática porque la salud es una atribución jurisdiccional no delegada a la nación, y requiere la sanción de leyes específicas. Diez provincias han adherido a la ley 26.862/2013 (Chubut, Santa Fe, La Rioja, La Pampa, San Luis, Entre Ríos, Buenos Aires, Chaco, Neuquén y Misiones)"*⁵. Por su parte, en aquellas provincias donde rige una ley específica *"la cobertura no es integral y solo contemplan los casos de infertilidad definidas como una enfermedad; afiliados a la obra social del estado provincial, mujeres dentro de un rango de edad, estado civil casado o en pareja, orientación sexual heterosexual y tratamientos con técnicas homologadas, es decir los que utilizan gametos de la propia pareja"*.⁶

Ahora bien, los hechos que motivaron la acción de amparo tuvieron lugar en 2014. Para ese entonces, tanto la ley como su decreto reglamentario tenían ciertos vacíos que dieron lugar distintas interpretaciones sobre el alcance de la "cobertura integral" en estos tratamientos. El artículo 8 del decreto 956/2013 establece que *"una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos..."*.

En lo atinente a las TRHA/AC la norma no expresa si estos tres tratamientos son en total

5 Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, oficina regional para las Américas (2017): Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de técnicas de reproducción humana asistida, por Straw Cecilia. Tomado de: <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/acceso-integral-los-procedimientos-y-tecnicas-medico-asistenciales-de-tecnicas-de>, fecha de consulta 01.07.2019.

6 Op. Cit en nota anterior.

el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen. Notifíquese y devuélvase.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. M. V. 1., por derecho propio junto a C. G. A.

Traslado contestado por IOSE, representado por la Dra. Maria Fernanda Paulet.

Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=746922&interno=1>

o si se trata de hasta tres dentro de un plazo determinado, a diferencia de las TRHA/BC que limita los cuatro tratamientos a un período anual.

Ya en el año 2017, el Ministerio de Salud de la Nación mediante la Resolución 1-E/2017 reguló algunos aspectos del decreto 956/2013. Y respecto de los TRHA/AC limitó la cobertura integral de estos tratamientos a un total de tres.

Sin embargo, la Corte Suprema adoptando un criterio armónico entendió que, si bien los derechos no son absolutos, y pueden ser pasibles de limitaciones y restricciones, de ninguna manera una reglamentación puede desnaturalizar los alcances del ejercicio de un derecho.

Con lo antes dicho, el máximo tribunal estimó que *“la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos “anuales” de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.”*

Al decidir, la Corte tuvo en cuenta la íntima vinculación del derecho a la salud reproductiva con el derecho a la vida. Si bien no existe un derecho humano a “procrear” propiamente dicho, sí existe un derecho a que las condiciones en que éste se desarrolle, sea respetando la dignidad humana. Se encuentra relacionado además con otros derechos como la igualdad ante la ley, la no discriminación, a fundar una familia, a la salud sexual y reproductiva, a la intimidad y libertad de decidir libremente.⁸

7 Extracto del considerando 6º, último párrafo, del fallo de la Corte Suprema. CCF 4612/2014/CS1 “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud. Resolución de fecha 14.08.2018.

8 Rodríguez Iturburu, Mariana (2015): “Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural.” Tomado de: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/TRHA-PERSPECTIVA-COMPARADA-AMERICA-LATINA-MARIANA-RODRIGUEZ-ITURBURU.pptx>, fecha de consulta: 08.07.2019.

Desde la doctrina, Patricia Ceriani (2012) nos señala la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dónde se reconocen derechos estrechamente vinculados al derecho de procrear, y enumera “1) elegir “libre y responsablemente” el tamaño de la familia, 2) el derecho a la información y a los consejos relativos a la planificación de la familia, 3) el derecho a asistencia sanitaria adecuada antes, durante y después del embarazo y 4) el derecho a la salud que encierra todos los demás derechos.”⁹ Así, el derecho a la procreación y de formar una familia se constituyen como la base sobre la que se asienta tanto la normativa como las políticas públicas tendientes a mejorar las circunstancias que rodean a quienes deben o eligen recurrir a estas técnicas a fin de lograr un embarazo.

III. Crioconservación de embriones

La crioconservación es un procedimiento técnico, propio de criobiología, que se utiliza para congelar las células o tejidos a muy bajas temperaturas, disminuyendo sus funciones vitales, manteniéndolos en condiciones de vida suspendida por un tiempo prolongado.¹⁰ Esta técnica permite maximizar las posibilidades de embarazo por cada extracción ovocitaria, al reservar los embriones sobrantes para ser utilizados en un siguiente ciclo, aumentando la eficiencia y seguridad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En los hechos analizados, los distintos tribunales intervinientes se pronunciaron sobre el plazo de la criopreservación de embriones. La legislación argentina nada dice respecto del tiempo en que deben criopreservarse.

En este marco, la Corte expresó que “*si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones a cargo de los prestadores de salud -como juzgó la Cámara-, esa determinación no puede constituir un obstáculo para la consecución del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación -interpretados a la luz del criterio expuesto anteriormente-, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva.*”¹¹

En este caso el planteo solo giró en torno a la aptitud del lapso de tiempo de la crioconservación de embriones en relación al propósito perseguido por la actora. Finalmente, se resolvió que el criterio a tener en cuenta para determinar el plazo debía estar fundado conforme a las prescripciones médicas de cada caso particular.

Ahora bien, en torno a la crioconservación de embriones giran numerosas discusiones éticas y jurídicas, a saber: ¿el embrión es persona desde la concepción? ¿Concepción dentro o fuera del seno materno? ¿Qué sucede con los embriones que no son utilizados? ¿Se los podrían dar a otros requirentes? ¿Y los embriones que mueren durante el descongelamiento? ¿Tienen protección en el derecho penal? No existe una única respuesta a estos interrogantes.

No obstante, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el estatus jurídico del embrión no implantado. En el leading case “Artavia Murillo vs. Costa Rica” sostuvo que “*sólo existe persona desde el momento de la anidación en el seno materno (...) acerca*

9 GHESSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia (2012): “La procreación como derecho a la salud” en CERIANI, Patricia: Tratado del derecho a la salud. Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 515-550.

10 POSETTO, PABLO C. (2014): “Un nuevo sí a la vida. El rechazo del pedido de cobertura de una práctica de diagnóstico preimplantatorio dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza”, en Microjuris.com, cita Online MJ-DOC-6927-AR /MJD6927.

11 Extracto del considerando 7º, del fallo de la Corte Suprema. CCF 4612/2014/CS1 “ Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud. Resolución de fecha 14.08.2018.

*del comienzo de la vida humana, corresponde distinguir, dos momentos, el de 'fecundación' y el de 'implantación' (...) existe concepción recién después de la implantación que, por tanto, antes de ese momento aquel no es persona por lo que en relación al mismo no se le puede aplicar la protección a la vida contemplada en la CADH*¹².

Asimismo, el artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece que *"toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción (...)."*

Tal es así, que nuestro Código Civil y Comercial adopta dicha postura al decir que *"La existencia de la persona humana comienza con la concepción"* -artículo 19-, y en consonancia *"Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume"* -artículo 21-.

Pero, de esta regulación quedan fuera ciertos interrogantes. Es válido afirmar que *"Al Código Civil y Comercial no le corresponde ahondar sobre una gran cantidad de cuestiones que encierra la práctica de las TRHA, tales como: los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, etc. Todas estas cuestiones deben ser reguladas en la ley especial."*¹³

Por otro lado, pero vinculado con esta técnica encontramos el diagnóstico genético preimplantacional, que lleva consigo importantes críticas al ser considerado como *"un paso peligroso hacia la programación de los llamados 'bebe de diseño' y 'bebe medicamento'"*¹⁴, ya que a partir del análisis de los segmentos de ADN se pueden detectar la presencia de defectos genéticos, lo que permite la selección de los embriones "sanos" por sobre el resto.

IV. Conclusiones

Este fallo se erige como un importante antecedente en la materia al admitir una mayor cobertura a la prevista por la reglamentación dispuesta por el Ministerio de Salud de la Nación. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no sigue la tradición del common law, lo cierto es que los tribunales inferiores deben tener presente los precedentes de la Corte ante casos similares, teniendo en cuenta que este tribunal es el último intérprete de la Constitución Nacional y demás leyes. Asimismo, encuentra basamento en razones de seguridad jurídica, celeridad y economía procesal.

Otro punto a considerar, son los aspectos no regulados por la normativa al momento de iniciarse la acción de amparo. En el caso, cuando llegó a la Corte, ya existía una reglamentación de la autoridad de aplicación -más allá de que no fuera tenida en cuenta por tratarse de una reglamentación que desnaturalizaba el ejercicio de un derecho-. Sin embargo, aún quedan puntos sin regular.

Tal como se expusiera al tratar el tema de la criopreservación de embriones, existen vacíos legales en torno al estatus jurídico del embrión, que desencadenan varios interrogantes. La procreación artificial se enfrenta a cuestionamientos no solo jurídicos, sino también éticos, religiosos, culturales.

Consecuentemente es necesario que el Estado adopte políticas públicas y reglamente la materia mediante un abordaje interdisciplinario y teniendo en cuenta la evolución dada en el derecho comparado.

12 Op. Cit. Nota 10.

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014): "Hacia la ley especial de reproducción asistida Cuando la razón prima". En La Ley. ISSN 0024-1636.

14 CORTESI, María C. (2015): "Fertilización asistida y diagnóstico genético preimplantacional. Comentario al fallo 'L. E. H. y otros c/ OSEP s/ amparo'". En Microjuris.com, cita: MJ-DOC.7442-AR/ MJJD7442.

En la actualidad, es imprescindible que el derecho acompañe el constante avance de la ciencia para salvar las lagunas legales. Máxime por los derechos en juego.

El derecho a procrear y a elegir libremente el método para hacerlo no admite discriminación alguna. Muchas personas pueden estar utilizando estos métodos artificiales para la consecución de un embarazo, pero *“ante la falta de obligatoriedad de una cobertura en el marco del P.M.O. aquellas de pocos recursos no pueden acceder a la misma, lo que genera una inadmisibles desigualdad, afectando sensiblemente a los sectores sociales más desprotegidos.”*¹⁵

Lo antes dicho también aplica al diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). Considerando los altos costos que implica y dado que permite la selección de embriones que tengan menos riesgos de padecer enfermedades; sólo unos pocos podrían acceder a este *“beneficio”* de elegir un *“bebé sano”*. ¿Estamos frente a un comercio de futuros niños?

El derecho a la salud debe ser garantizado en condiciones de igualdad, de manera integral y humanitariamente. Es necesario que el Estado asuma la responsabilidad de regular la utilización de estas técnicas de forma consciente, evitando la manipulación maleficiente de los embriones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2014).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
- CORTESI, María C. (2015): “Fertilización asistida y diagnóstico genético preimplantatorio. Comentario al fallo ‘L. E. H. y otros c/ OSEP s/ amparo’”. En Microjuris.com, cita: MJ-DOC.7442-AR/ MJD7442
- GHESSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia (2012): “La procreación como derecho a la salud” en CERIANI, Patricia: Tratado del derecho a la salud. Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 515-550.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014): “Hacia la ley especial de reproducción asistida Cuando la razón prima”. En La Ley. ISSN 0024-1636.
- Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida y su decreto reglamentario 956/2013.
- Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, oficina regional para las Américas (2017): Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de técnicas de reproducción humana asistida, por Straw Cecilia. Tomado de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/acceso-integral-los-procedimientos-y-tecnicas-medico-asistenciales-de-tecnicas-de>, fecha de consulta 01.07.2019.
- POSETTO, PABLO C. (2014): “Un nuevo sí a la vida. El rechazo del pedido de cobertura de una práctica de diagnóstico preimplantatorio dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.”, en Microjuris.com, cita Online MJ-DOC-6927-AR /MJD6927.
- Rodríguez Iturburu, Mariana (2015): “Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural.” Tomado de: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/TRHA-PERSPECTIVA-COMPARRADA-AMERICA-LATINA-MARIANA-RODRIGUEZ-ITURBURU.pptx>, fecha de consulta: 08.07.2019.

¹⁵ Op. Cit nota 10