

Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo de 2da Nominación de la Provincia de Córdoba

Causa: Portal de Belén Asociación civil sin fines de lucro c/ Estado provincial y otro - amparo (ley 4915)

SENTENCIA NÚMERO: DOCE

En la ciudad de Córdoba a los quince días del mes de febrero de dos mil diecinueve, siendo las once y treinta horas se reúnen en acuerdo público los Señores Vocales integrantes de esta Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, Dres. Humberto R. Sánchez Gavier, María Inés Ortiz de Gallardo, y el Dr. Leonardo Fabián Massimino, de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados “PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO C/ ESTADO PROVINCIAL Y OTRO – AMPARO (LEY 4915)” (Expte. N° 6333290,

Iniciado el 26/05/2017).

En primer lugar, se procede a determinar las cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la demanda de amparo de la Ley 4915?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Dr. Humberto R. Sánchez Gavier. Dra. María Inés del Carmen Ortiz de Gallardo y Leonardo Fabián Massimino.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL SISTEMA ARGENTINO: UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES IN THE ARGENTINE SYSTEM:
A VISION FROM HUMAN RIGHTS

MARÍA FLORENCIA BELANTI¹

RESUMEN:

La resolución que se comenta nos estimula a reflexionar sobre las técnicas de reproducción humana asistida con una mirada inescindible desde el prisma de derechos humanos. En este ámbito, se pretende llevar a cabo un análisis desde el derecho a la salud en general y a la salud reproductiva en particular, efectuando una reseña normativa de la materia, una exploración del precedente específico en el ámbito interamericano y una reflexión sobre la situación jurídica del embrión in vitro y/o el propio estado provincial proveyesse al menor el medicamento necesario para la continuación de su tratamiento, fármaco este que sólo se expende en Alemania.

¹ Diplomada en Ciencias Sociales (UCC) Abogaba (UNC); Auxiliar- Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; mail: maflorenciabelanti@gmail.com – ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6830-4666>

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. HUMBERTO SÁNCHEZ GAVIER, DIJO:

Los representantes de Portal de Belén Asociación sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida “Fecundart” y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como “Diagnóstico Genético de Preimplantación” y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación. Asimismo, requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.).

Aclaran que la acción se dirige contra dos actos lesivos; el primero es la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación. El segundo acto lesivo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la Provincia de Córdoba.

Aseguran que es de público conocimiento por información periodística que acompaña, que en fecha 02/05/2017, se dio a conocer que nacerá en esta provincia el primer bebé genéticamente modificado. Agrega que en dicha nota explican que se trata de un procedimiento llamado Diagnóstico genético de preimplantación, y consiste en un análisis en el número de cromosomas, explicando el Dr. Alzaa que es la situación en la que se encuentran los más de 200 embriones abandonados en su Clínica.

.....

ABSTRACT:

The resolution discussed encourages us to reflect on assisted human reproduction techniques with an inescisible look from the perspective of human rights. In this area, it is intended to carry out an analysis from the right to health in general and to reproductive health in particular, making a normative review of the matter, an exploration of the specific precedent in the inter-American sphere and a reflection on the legal situation of the embryo in vitro.

Palabras Claves: Salud reproductiva; Técnicas de reproducción humana asistida.

Key Words: Reproductive health; Assisted human reproduction techniques.

I. Introducción

La resolución que se comenta en las siguientes líneas nos estimula a reflexionar sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con una mirada inescindible desde el prisma de derechos humanos, baluartes de raigambre constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

El punto de partida lo constituye un hecho periodístico²: la publicación de una nota donde se difunde la información de una práctica que se efectúa por vez primera en una clínica del interior del país (la Clínica de Fecundación Asistida “Fecundart”, en la provincia de Córdoba). En dicha nota puede apreciarse que el matutino señala que el método

² Disponible en <https://lmdiarlo.com.ar/noticia/13393/nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-perfecto> consultada en julio de 2019.

En este contexto, requieren de manera inmediata el cese de dichas prácticas, ya que el Estado debe otorgarle una debida tutela a los mismos, pues de los hechos relatados se evidencia el atentado contra el derecho fundamental a la vida de los embriones abandonados en los laboratorios y privados de la debida protección correspondiente en virtud el art. 19 C.C. y C.N., habida cuenta que reconoce su existencia desde el momento de la concepción- con rango constitucional- de un colectivo indeterminado de personas humanas.

Aseguran que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo legal, conforme consta en la publicación del diario referido, no obstante ello, entienden que los hechos relatados que motivan el amparo constituye una práctica habitual y cotidiana de la demandada “Fecundart”, quien la ofrece como un servicio.

Justifican la legitimación activa procesal y sustancial de Portal de Belén- Asociación Civil sin fines de lucro, analiza el art. 2 de su Estatuto, y concluyen que en el ámbito provincial a tenor del art. 53 de la Constitución Provincial, toda persona, también las jurídicas, quedan habilitadas para la protección de los intereses difusos, reconocidas en la misma.

Relatan que en fecha 02/05/2017, en el diario “La nueva mañana”, se informó que producto de una nueva técnica de reproducción humana asistida conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus siglas en inglés), nacerá en Córdoba, el primer bebé genéticamente perfecto, producto de una manipulación in vitro, y según expresa el director médico de la clínica demandada, es el primer bebé genéticamente manipulado, con el fin de lograr un niño cromosómicamente normal.

Transcribe las manifestaciones vertidas por el galeno en la nota periodística para explicar el método referido que tiene como objetivo conseguir embriones que mejoren los resultados, que reduzcan los costos y que una mujer no se someta a fracasos, estrés psicológico, inyecciones, dejando de lado a los cromosómicamente imperfectos, también para los diagnósticos de anomalías cromosómicas como puede ser el síndrome de Down o la fibrosis quística.

De lo expuesto infieren que la clínica demandada es la primera en el interior del país en adquirir la tecnología que permite este tratamiento.

.....

se conoce como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus siglas en inglés) y que consiste en un análisis genético embrionario para la detección de anomalías en el número de cromosomas. También se refiere que el director médico de la clínica (José Pérez Alzaa) al explicar el procedimiento manifiesta: *“Con un equipo láser, se realiza un orificio en la membrana donde se encuentran el embrión, de allí se extraen cuatro o cinco células sin tocar el bebé, y sobre esas células se hace el estudio genético. Se realiza el análisis clásico de recuento de cromosomas o la búsqueda de la mutación de la enfermedad que estamos buscando”. “Se criopreserva el embrión en espera del resultado de la biopsia embrionaria, se descartan los embriones que van a ser abortados, se prepara el útero de la mujer para hacer después la transferencia de los embriones viables”*. Se relata que el PGS se utiliza en diagnósticos de anomalías cromosómicas como puede ser el síndrome de Down, permitiendo determinar si ese embrión tiene un número “normal” de cromosomas ya que los embriones portadores de un problema cromosómico se traducen en fallas de implantación, abortos a repetición, o en anomalías cromosómicas viables. Continúa manifestando el informe que cientos de embriones que son creados a partir de fecundaciones in vitro no pueden ser descartados ni donados, razón por la cual refiere el director: *“Esto ocurre mucho, ya que en casos que el embrión presenta una anomalía y la mamá se niega a implantárselo, no lo podemos descartar. Hoy tenemos más de 200 embriones de padres que no volvieron nunca a buscarlos, a la espera de que se legisle en esta materia”*.

La situación fáctica sucintamente referenciada fue la que motivó el pronunciamiento judicial que se comenta, atento la acción de amparo interpuesta por la Asociación sin fines de lucro Portal de Belén.

En este sentido, los representantes de Portal de Belén – con base en dicha nota perio-

Analiza las manifestaciones del director de Fecundart y concluye que el galeno no entiende que tanto los embriones cromosómicamente normales como los embriones cromosómicamente anormales, todos son personas humanas, y la legislación no hace distinciones entre embriones viables y no viables, más aún cuando por una trisomía, el niño puede ser absolutamente viable, pues la persona humana tiene existencia desde la concepción. Continúan analizando las expresiones del Dr. Alzaa, y describen el procedimiento, enfatizando que se observa la frivolidad de la técnica que realizan en los centros de reproducción humana asistida, siendo de una crueldad enorme.

Denuncian que el profesional llama “bebé” a los niños por nacer, más inmediatamente le da trato de cosa a los anormales conservando la categoría de bebe solo a los seleccionados, sin siquiera manifestar si dicha biopsia traerá como consecuencias posteriores a la persona humana por nacer, realizan la biopsia y luego descartan a los embriones no viables (es decir, las personas humanas que no tienen el número “normal” de cromosomas). Estiman que realizan una selección (anti) natural de personas, juegan a ser Dios, decidiendo que persona es digna de ser implantada en el útero materno, y que persona no lo es, situación prohibida por el art. 57 del C.C.y C.N.

En segundo lugar, continúan analizando las manifestaciones del Dr. Alzaa en cuanto al dilema que se presenta cuando un embrión muestra una anomalía, la madre se niega a su implantación, y el mismo no puede ser descartado, a la espera de que se legisle en esta materia.

Destacan que los especialistas en fecundación asistida, esperaban que la modificación del CCyCN introdujera cambios respecto al momento del inicio de la vida humana, lo que finalmente no ocurrió.

Aseveran que ante la amenaza inminente de muerte de dichos embriones, el Estado tiene el deber de normar un tutor judicial a las personas humanas abandonadas por sus padres, y que se encuentran en la actualidad a merced de las Clínicas de Fertilización Asistida.

Estiman que si bien los mismos deberían estar sometidos al ejercicio de la responsabilidad parental de sus padres, lo cierto es que el abandono es patente, más aún, el consentimiento de los padres para que sus hijos por

.....
 dística y justificando su legitimación activa procesal y sustancial en el artículo 2 de su Estatuto, que la habilita para la protección de intereses difusos³ – promueven amparo en contra de la Clínica de Fecundación Asistida “Fecundart” y del Estado Provincial de Córdoba y solicitan por una parte, el cese de la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación y de todo procedimiento de manipulación genética de embriones por considerarlos contrarios a la legislación. En relación a esto esgrimen que el primer acto lesivo contra el que se dirige la acción lo es en relación a la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 57⁴.

Por otra parte requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana. Asimismo solicitan que el Estado Provincial proporcione inmediatamente la tutela judicial en protección de –según sus manifestaciones- la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por

3 Conforme la previsión del art. 2 de sus estatutos sociales aprobados por la autoridad competente, dicha asociación tiene entre sus fines “la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida y el respeto a la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de su concepción”... y “promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto a su dignidad intrínseca a lo largo de su vida” (Portal De Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba s/ Amparo-Recurso De Apelacion-(Expte. N°2301032/36 disponible en <http://www.sajj.gov.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-cordoba-portal-belen-asociacion-civil-superior-gobierno-provincia-cordoba-amparo-recurso-apelacion-expte-2301032-36-fa13160060-2013-05-21/123456789-060-0613-lots-eupmocsollaf?> Consultado en julio de 2019).

En este punto vale destacar que, si bien dicha legitimación activa fuera controvertida en el caso que nos convoca por los representantes de ambas entidades demandadas, la Cámara descartó tal planteo atento lo determinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Portal de Belén (fallo 325:292) que adscribió a un criterio amplio en cuanto a la representación procesal de la Asociación Civil, habida cuenta de los fines concretos que justifican su creación conforme lo establecido en su respectivo estatuto. (voto del Dr. Humberto Sánchez Gavier acordado por los demás Vocales punto 8. pag. 20)

4 El artículo mencionado dispone: “ARTÍCULO 57. Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

nacer con número de cromosomas anormal sean congelados es una clara desatención del deber de cuidado para con los mismos.

En tercer lugar, advierten que un problema común a todas las instituciones de fertilización es la disposición de los embriones que se van acumulando, que “sobran” de otros tratamientos, y no pueden ser tocados en la autorización de los progenitores o donantes de gametos.

Razonan que si los cientos de embriones que son viables y son abandonados por sus padres, no pueden ser utilizados, donados ni descartados, si pueden ser congelados y abandonados por sus progenitores sin consecuencias para los adultos que intervienen y con posibles consecuencias mortales para los niños.

Desde el punto de vista jurídico, enfatizan que es indispensable que el Estado provincial proporcione la tutela a estos embriones abandonados por sus padres, a su vez, aplique su poder de policía en la materia, realizando un seguimiento de cada una de las personas por nacer que se encuentran en cada uno de estos establecimientos que se dedican a la fecundación asistida.

Por todo lo expuesto, afirman que, desde el Portal de Belén, entienden que es el propio Estado el que debe ocuparse de garantizar el derecho a la vida a aquellos embriones (personas humanas por nacer) que están a la espera de ser implantados o en peligro de ser descartados.

Detalla el plexo jurídico que considera aplicable al caso de autos, tanto provincial, como nacional e internacional. En último lugar, manifiestan que conforme surge de la entrevista de referencia, existen alrededor de doscientos embriones que no han sido implantados en la Clínica demandada, más la realización de TRHA no se limita sólo a la misma y corresponde al Gobierno Provincial el conocimiento cabal de la cantidad de personas por nacer criopreservadas en su órbita de competencia.

En este contexto, requieren que se ordene un censo de la totalidad de establecimientos médicos autorizados en el territorio de la órbita de control, debiendo los mismos informar la cantidad de embriones criopreservados que tienen, como así también el tiempo que tienen los mismo en dicho estado, y sus progenitores, pues son estos últimos quienes en ejercicio de la responsabilidad parental han omitido su debido cuidado y han abando-

.....
 sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o los laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de TRHA de la provincia de Córdoba y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos. Aclaran al respecto que el segundo acto lesivo al que se dirige el amparo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la provincia de Córdoba.

Fundan la debida protección en virtud del Artículo 19 de CCyCN⁵ habida cuenta que reconoce su existencia desde el momento de la concepción – con rango constitucional- de un colectivo indeterminado de personas humanas.

En este marco, admitida la demanda incoada y producidos los informes circunstanciados acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada por parte de la Provincia de Córdoba y la Clínica de Fecundación Asistida Fecundarte; la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba por sentencia n° 12 de fecha 15/2/2019 resolvió no hacer lugar a la acción de amparo deducida por el Portal de Belém. Para arribar a esta decisión realizó una serie de consideraciones en torno a las TRHA y la regulación nacional en general, también refirió a lo peticionado por la actora en particular.

Es la referida causa la que motiva el presente comentario y en este ámbito se considera propicio iniciarlo con una breve referencia a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA en adelante) a la luz de los derechos humanos, deliberando en el marco

5 Conforme el “ARTÍCULO 19: Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

nado a los mismos. Consideran que, tras el censo, se tendrá la certeza de la cantidad de niños por nacer sobre los que deberá ejercerse una tutela efectiva en protección de su derecho a la vida y el respeto a su integridad. Analiza los requisitos de la acción de amparo, y aseveran que los actos lesivos del derecho a la vida consisten en la amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer que se encuentran en establecimientos donde se practica el método de Diagnóstico Genético Preimplantacional en la Provincia de Córdoba, o cualquier procedimiento en el que se discrimina embriones “normales” y “anormales”, por eso solicitan el cese de la práctica manifiestamente inconstitucional.

Niegan que en nuestro ordenamiento jurídico exista vacío legal para descartar los embriones que no serán utilizados, pues aseveran que estos niños por nacer se encuentran protegidos por la legislación, y por tal motivo, en peligro en aquellos establecimientos.

Con cita de jurisprudencia, aseguran que no existe otro medio judicial más idóneo.

Ofrece prueba documental.

Formula reserva del caso federal (art. 14, Ley 48). 2.- Admitida la demanda (fs. 46) se citó y emplazó a las accionadas para que en el término de tres días comparezcan y produzcan el informe del art. 8 de la Ley 4915 (fs. 45/48), por su orden.

A fs. 58/64vta. los representantes de la Provincia de Córdoba contesta el informe, solicitando el rechazo de la acción de amparo, con costas.

En primer lugar, aseguran que su representada carece de legitimación pasiva, a lo cual añade también la falta de legitimación activa del Portal de Belén para instaurar la acción en relación con el objeto de la demanda, la falta de acreditación de un daño ya ocurrido o inminente en autos, y la improcedencia de la vía del amparo

del derecho a la salud y pensando en aquellas mandas inescindiblemente ligadas a tal derecho en virtud de su interdependencia e indivisibilidad. Se pretende a continuación efectuar una sencilla reseña normativa de la materia para, luego de pasar por el precedente específico en el ámbito interamericano, reflexionar sobre la situación jurídica del embrión y así arribar a las conclusiones pertinentes.

II. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) desde la óptica de los derechos humanos

Pensar en las TRHA con el lente de los derechos humanos es una visión no solo útil y pertinente sino también inexcusable. La transversalidad de los mismos nos obliga a examinar los cambios sociales desde una nueva perspectiva propia de los últimos decenios y que nos performa en tanto titulares de esos derechos inherentes. En este ámbito, las TRHA forman parte integrante del derecho humano a la salud y de la salud humana reproductiva en particular⁶, amparada en normativa de carácter universal, regional y local

6 Conforme la Observación General n° 22 del año 2016 proveniente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que lo reafirma expresamente: “El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ha quedado reflejado también en otros instrumentos internacionales de derechos humanos”: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12; la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 17, 23 a 25 y 27; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 23 y 25.

En este punto y en palabras de dicha observación resulta útil destacar que La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo.

para discutir lo que se propone.

Aclaran esto último por cuanto el amparo involucra decisiones de particulares, que según las normas del código civil, tienen derechos de disposición sobre los tratamientos médicos de fertilización asistida a los cuales recurrieron, y que deberían ser parte en el amparo. Asimismo, señalan que existen otras vías legales para reclamar si existe o no algún nivel de abandono de niños por parte de sus progenitores.

Aseguran que su defensa principal radica en la falta de legitimación pasiva de la Provincia, y aún si, en hipótesis se acreditar algún daño a los embriones como resultado de las prácticas médicas voluntarias y libres de quienes acudieron a ella, no hay ninguna violación de derechos por parte de su representada.

Aseveran que no se está en presencia de ningún acto u omisión de quien representan que resulte arbitrario o lesivo de los derechos que pretende la entidad amparista.

Afirman que según lo establecido por la Ley N° 26.682, la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de Salud de la Nación, no es el poder de policía local.

Agregan que quien debe dictar las normas sobre la protección de los embriones criopreservados, es el Congreso de la Nación (norma transitoria segunda del art. 9 de la ley 26.994, aprobatoria del CCCN).

De lo expuesto infieren que su representada no puede realizar acciones, por no ser autoridad de aplicación en la materia, y por no poder dictar normas al respecto, pues esta facultad esta delegada al Congreso de la Nación. Señalan que es básico que toda disposición legal regulatoria del comienzo y fin de la vida de las personas, con todos los aspectos conexos que estas cuestiones puedan tener, es materia delegada en el Gobierno Nacional, y la Provincia no puede tomar decisiones ni ejercer el poder de policía.

Continúan explicando que el censo que la amparista pide que realice la Provincia queda comprendida en los alcances del art. 4 de la Ley 26.862, y quien debe realizar esos registros es el Ministerio de Salud de la Nación.

Afirman que la actora alude al supuesto abandono de niños por parte de sus padres, en referencia a los embriones criopreservados, es evidente que la Provincia no es, no ha sido, ni puede ser autora de ninguna omisión o acción que haya actuado como causa eficiente de los peligros que se invocan para justificar el amparo pedido.

.....
lo que nos muestra a todas luces su necesaria defensa y observancia.

En tanto que procedimientos médico-científicos que sustituyen o coadyuvan a los biológicos de reproducción, surgieron asociados a la alternativa de aquello que en el ámbito de lo reproductivo era considerado patológico: la infertilidad. Sin perjuicio de ello, y sin desconocer sus buenas implicancias en dicho sentido, el actual entramado de relaciones intersubjetivas y la evolución operada en la sociedad con el reconocimiento de múltiples formas familiares y disímiles proyectos de vida hicieron que se acentuaran como una verdadera elección. Este escenario que da la posibilidad de tenerlo como una de las alternativas posibles, se funda en la estructura de estándares reconocidos en los instrumentos internacionales y su valía se encuentra determinada por el rasgo distintivo de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Así, en dichas técnicas, a la par del derecho a la salud, se encuentran implicados, entre otros, el derecho a formar una familia (Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 10 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) el derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 1, 17, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 2, 10 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Arts. 1, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) el derecho a la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad (Art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales); derecho a decidir en condiciones de igualdad, sin discriminación

Asimismo, estiman que la actora carece de legitimación activa para instaurar la acción de amparo, en razón de no tratarse de un interés colectivo, pese a la apariencia de que ha intentado dotar a la demanda, sino que se reclama en virtud de derechos subjetivos individuales.

Consideran que lo expuesto queda en evidencia en la invocación de uno de los daños que efectúa la amparista, cuando reclama la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encontrarían abandonadas por sus padres, en riesgo de muerte, y estén criopreservados en la actualidad.

Enfatizan que no se persigue la tutela de un derecho colectivo, sino de un agregado o sumatoria de derechos individuales, y estos derechos individuales no corresponden a un colectivo indeterminado de personas, sino a un universo determinado o determinable de embriones criopreservados.

Destacan que la decisión sobre el destino de tales embriones corresponde a los individuos que acudieron a la realización de prácticas médicas de reproducción humana asistida, las que se encuentran reguladas por distintas normas, todas del orden nacional, para saber si se trata de derechos difusos, colectivos o individuales, debe acudir a la normativa respectiva.

En este orden de ideas, exponen que el CCyCN establece en su art. 560 que todas las personas que se sometan a la realización de las TRHA deben brindar su consentimiento informado y libre.

Transcriben el art. 7 del Decreto Nacional N° 956/2013 y advierte que no se trata en absoluto de un colectivo genérico e indeterminado de personas: todos quienes acuden a la realización de prácticas e reproducción asistida, deben dar previamente su consentimiento, el que indudablemente está archivado por los establecimientos asistenciales, y se requiere su consentimiento posterior para la decisión del destino del embrión crioconservado, el que es revocable hasta antes de la implantación.

Entienden que por tales motivos, dista de involucrar derechos colectivos o de incidencia colectiva, y se trata de situaciones reguladas por normas específicas, no siendo el amparo la vía adecuada para ello.

Añaden que la entidad demandante se refiere a los embriones como niños por nacer, y a quienes acudieron a su realización los denomina sus padres, quienes los habrían hecho objeto de abandono, resultando de aplica-

.....
y libremente, sobre las funciones reproductivas (Art. 16 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) a no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Todos ellos de raigambre constitucional (por imperio del art. 75 inc 22 de nuestra Carta Magna) y de ineludible observancia en cumplimiento de lo suscripto y a efectos de evitar que el Estado Argentino, incurra en responsabilidad internacional.

Resulta oportuno destacar la existencia de una concepción volitiva que cala de lleno en estas nuevas técnicas; el de voluntad procreacional. En este sentido:

“Kemelmajer de Carlucci y otras autoras afirman que si bien las TRHA son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación, sino el volitivo: la voluntad procreacional. Ésta es la decisión, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona, o bien, en el marco de una familia monoparental”.

En este punto, merece subrayarse que el propósito de acudir a TRHA se enlaza con la posibilidad de materializar ese proyecto decidido de forma voluntaria e intencional, en íntima ligazón con el derecho a la salud en su más amplia acepción. Resulta así funda-

7 Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial 2014, tomo II, Argentina, Rubinzal - Culzoni, citado por Mariana Iturburu - María Martina Salituri Amezcua - Mariana Vázquez Acatto “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado” Revista IUS versión impresa ISSN 1870-2147 -Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017.

ción las normas del art. 638, 641 y cc.. del CCyCN.

Sostienen que, dado que la amparista persigue una tutela de los embriones criopreservados que, según la contraria, estarían en riesgo de morir, sin duda su pretensión es que se disponga el nacimiento de esos embriones, ya que no indica otra manera de preservar sus derechos, desde la perspectiva que propone Portal de Belén.

Entienden que claramente los estatutos de la amparista no le pueden conferir legitimación para peticionar aquello que las leyes sustantivas no le reconocen, y que excede largamente de lo que se puede ventilar a través de un amparo.

Recalcan que se trata de derechos individuales e inherentes a las personas que no pueden ser subrogados por la vía de amparo. Cita jurisprudencia en abono de su postura.

Analizan las categorías de derechos colectivos y entiende que, en el caso de autos, se trata de situaciones jurídicas individuales, con causas dispares, debiendo indagarse en cada caso particular porque no han sido implantados, y/o si lo serán en un futuro.

Razonan que, descartados los derechos colectivos, queda un solo supuesto en que Portal de Belén podría tener legitimación activa, es decir, en el caso de derechos de incidencia colectiva, pero tampoco la tiene.

En este contexto, exponen que de los propios términos de la demanda surge la inexistencia de un hecho común susceptible de provocar el daño pretendido, ya que los embriones permanecen sin anidar en el seno materno por razones que no son presentadas, pero que claramente corresponden a decisiones personalísimas de los interesados.

Recalcan que cada embrión crioconservado está en esa situación por haberlo así decidido los progenitores mediante el consentimiento informado y libre.

Insisten que el pretendido daño (si lo hubiere) habría sido ocasionado en cada caso por una decisión personal de los pacientes y/o de los médicos, y nada autoriza a inferir que respondan todos a la misma motivación, son hechos individuales, no habiendo un hecho común o colectivo.

Concluyen en este punto, que lo que se pretende en realidad es que se tomen decisiones violando el derecho

mental resaltar el argumento esgrimido en el fallo por los representantes de la provincia de Córdoba en oportunidad de producir informe en los términos de la ley local n° 4915⁸, al afirmar la inexistencia de violación de derechos constitucionales en la realización de la práctica médica que se invoca *“por el contrario, se realiza para prevenir mal formaciones o interrupciones de embarazo. En otras palabras asegura el derecho a la salud, incluyendo el derecho a la salud reproductiva”*⁹.

Se infiere que el concretar el proyecto personal de vida familiar, en el marco de un derecho protegido constitucional y convencionalmente, fue la razón de quienes recurrieron a la clínica especializada, donde se utilizó esta avanzada técnica, cuya innovación dio lugar a la divulgación en distintos medios de información.

Por ello en el caso particular, la amparista solicita que en el marco de éstas técnicas de reproducción asistida sea especialmente el Diagnóstico Genético de Preimplantación sobre el que se dictamine el cese en su realización; ya que, afirma, se trata de un procedimiento de manipulación genética y extensivamente requiere pronunciamiento de prohibición de todas las prácticas que impliquen este tipo de maniobra. Es oportuno referirse al basamento de su consideración; pues sostiene que lo aseverado se fundamenta en una única reproducción periodística, aquella publicitada en el diario “La nueva mañana”. Esto puede proporcionarnos una visión –a criterio personal- un poco parcializada de la situación, ya que de la exploración de otras informaciones coetáneas sobre el mismo caso¹⁰ se deriva el presentar la técnica como un avance en la ciencia, aclarando que sirve

8 Ley provincial n° 4915 “REGLAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO”.

9 Manifestaciones vertidas por los representantes de la Provincia de Córdoba en el fallo analizado, página 2.

10 <https://www.infobae.com/salud/2017/05/03/avance-de-la-ciencia-nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-con-genes-perfectos/>; <https://viapais.com.ar/>

de defensa y otros derechos personalísimos de los progenitores, incluyendo un censo que vulneraría la confidencialidad de las historias clínicas.

Resumen que la tutela que se pide en la demanda consiste en una máxima violación de los derechos humanos. Proceden a producir el informe, y en primer lugar denuncia que la amparista funda su acción en una serie de apreciaciones teñidas de subjetividad, no en verdades objetivamente establecidas, es decir, sus postulaciones responden a un posicionamiento ideológico, no a parámetros objetivamente fijados por la ciencia.

En segundo lugar, enfatizan que la legislación de fondo no prohíbe la realización de TRHA, pero sí en cambio, las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57 CCyCN), pero no es el caso que propone en autos.

En tercer lugar, analizan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la CSJN.

En cuarto lugar, reiteran que la autoridad de aplicación en materia de salud reproductiva humana es el Ministerio de Salud de la Nación, según lo establece con toda claridad el art. 3 de la Ley 26.862.

Por todo lo expuesto, concluyen que no se configuran los requisitos de la acción de amparo, en cuanto al acto u omisión que serían lesivos de derechos y garantías de la entidad demandante.

Agregan que existen vías legales propias del derecho de familia para el supuesto de admitirse que efectivamente hubiera niños en situación de abandono, desde la perspectiva que asume la amparista, no pueden soslayarse las normas de derecho de familia en el presente caso.

Manifiestan que la pretensión esgrimida exige una mayor amplitud procedimental que hace impropia la vía del amparo, y torna necesaria otra vía procesal distinta, con más posibilidad de debate y también de pruebas. Aseguran que no está precisado el objeto demandado, se pide tutela, pero no se aclara a qué fines concretos, dado que el Estado no puede disponer de estos embriones sin el consentimiento de quienes se sometieron a la

.....
para diagnosticar y manifestando que no implica modificación. Todo esto sin desconocer el uso de expresiones incongruentes en sus titulares y términos poco asertivos en relación a la claridad del método que se presenta. Y todo lo anterior, inclusive, sin restar importancia al cúmulo de derechos en juego y a la trascendencia de un pronunciamiento sobre la criopreservación de embriones, circunstancia que tiene inescindible conexión con el comienzo de la vida.

Por otra parte resulta propicio acudir a la visión técnica del DGP, respecto del cual se manifiesta ser un procedimiento que “analiza el material genético de embriones formados por fertilización in vitro (FIV) para su selección y transferencia al útero, con el fin de obtener un embarazo con feto genéticamente sano”¹¹. Se la presenta como aquella que

“detecta en los embriones logrados a través de Fertilización In Vitro, estas alteraciones cromosómicas que no darán lugar a un embarazo evolutivo en la mujer. Indican que “esta técnica no puede modificar o “arreglar” estas alteraciones cromosómicas en los embriones ni mucho menos manipular su composición genética, sólo hace un diagnóstico antes que se implante en el útero”¹²

De lo que se colige que de manera absoluta implica una práctica tendiente a producir una alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia en los términos de la limitación impuesta en el art. 57 del Código Civil y Comercial cuando se refiere a las TRHA.

cordoba/104676-nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-de-embrión-genéticamente-modificado/

11 Vittola, Leonardo “El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial”, disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial> Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2017.

12 Informe emitido en autos que se comenta por el Hospital Materno Provincial y que no fue desvirtuado por prueba en contrario por la parte actora. (Expte n° 6333290 pág. 22)

correspondiente práctica médica.

Finalmente, sin perjuicio de todo lo expresado, niegan el relato, la plataforma fáctica, el reclamado y el derecho contenido en la demanda. Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, excepto los que sean expresamente reconocidos.

Niegan que la práctica genética de que da cuenta la noticia- en el supuesto de que sea la información veraz y exacta, sea nociva para el embrión, para el niño o para la persona por nacer. No hay violación alguna de derechos constitucionales en la realización de la práctica médica, por el contrario, se realiza para prevenir malformaciones o interrupciones de embarazo. En otras palabras, asegura el derecho a la salud (incluyendo el derecho a la salud reproductiva).

Niegan que los embriones se encuentren en riesgo de muerte. Niega que la técnica denominada DGP sea contraria a la legislación vigente o a la Constitución Nacional o Provincial, y a los tratados internacionales con rango constitucional. Ofrecen prueba: instrumental.

3.- A fs. 96/107 los representantes de Fecundart contestan el informe, solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.

Tras formular una reseña del objeto de la acción, en primer lugar, asegura que Fecundart, como entidad privada, no puede realizar acciones tendientes a otorgar la tutela judicial que se requiere, pues no es la autoridad de aplicación, ni es el Estado Nacional, ni menos aún el Estado Provincial,

Advierte que por otra parte, la amparista alude a un supuesto abandono de niños por parte de sus padres, en relación con los embriones criopreservados, con lo cual Fecundart no puede ser autora de algún acto u omisión que haya actuado como causa eficiente del peligro que se invoca como fundamento del amparo. Entiende que en todo caso, el acto u omisión es de las personas que decidieron fecundar tales embriones, no Fecundart. Asegura que su representada no puede ser demandada, en relación con el hecho segundo del libelo introductorio, debiendo rechazarse la acción en tal sentido, con costas.

Señala que la actora basa su demanda en un artículo publicado en un periódico, sin siquiera tomarse el trabajo

En adición a lo anterior resulta imperante recordar que la legislación de fondo ha acogido en términos específicos el acceso integral a procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistidas, no resultando óbice a la licitud de la práctica que se debate el hecho de que particularmente no se encuentre cubierta de manera obligatoria por las obras sociales.

De esta manera, resulta acertada la decisión unánime en la causa en el sentido de desestimar la pretensión de prohibición de dicha práctica, solución razonable a la legislación local y a los estándares internacionales tutelares de derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular.

III. Una mirada introspectiva. Acerca de cómo han sido receptadas en nuestra legislación las técnicas de reproducción humana asistida

Las TRHA han sido receptadas en la novel legislación civil que regula el decurso de la vida de los individuos en sus relaciones privadas. Fue una de las principales incorporaciones en el ámbito del derecho de familia al ser reconocida como una tercera fuente filial y regulada por cláusulas propias¹³. El elemento identificador de las mismas es la voluntad de ser progenitor, que se exterioriza en el previo, libre e informado consentimiento¹⁴.

13 El Código Civil y Comercial de la Nación dedica entre otros los arts. 558 al 563, 569, 577 a las TRHA. A través de dichas disposiciones no solo le asigna el carácter de ser una nueva fuente de filiación, sino que detalla las características del consentimiento informado que debe prestarse, refiere específicamente a la voluntad procreacional y estipula parámetros en materia de acciones de filiación.

14 Rodríguez Iturburu, Mariana, "Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN" disponible en <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccygn> Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2016.

citar o basarse en información científica vinculada a la Técnica de Diagnóstico Preimplantacional (PGS). Advierte que si se repara en texto del artículo publicado por el referido diario, no es más que una alteración intencional de los dichos del Dr. Pérez Alzaa, pues existen afirmaciones realizadas por el periodista, que corresponden a su propia interpretación, y que no son de ninguna manera afirmaciones realizadas por el mismo. Asegura que en ningún momento se hace referencia a que en los próximos días nacerá en Córdoba el primer genéticamente perfecto, producto de una manipulación in vitro. Considera que la parte actora tergiversa las manifestaciones del Dr. Pérez Alzaa, habida cuenta que cuando se refiere al descarte de embriones, se refiere a los embriones que no son trasferidos a la paciente, pues solo se transfieren los embriones cromosómicamente sanos, el resto permanecen criopreservados.

Afirma que la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación es un método de diagnóstico y no de manipulación genética embrionaria, lo cual termina por fulminar la suerte del amparo.

Estima que si la actora hubiera profundizado el tema en lugar de basarse en una simple nota periodística, se hubiera evitado el desgaste jurisdiccional.

Analiza los requisitos para la procedencia de la acción de amparo, y estima que no se encuentran reunidos, pues como primera medida, la parte actora hubieran podido realizar el reclamo pertinente a la autoridad de aplicación, esto es, el Ministerio de Salud de la Nación, quien conforme a la Ley 26.682, tiene entre sus funciones, la de disponer de los mecanismos necesarios en cada jurisdicción para recibir los reclamos efectuados por los usuarios y prestadores del sistema, referidos a condiciones de atención, funcionamiento de los servicios e incumplimientos.

En esta línea, refiere que la cuestión no es menor, pues es el Ministerio de Salud que no sólo es la autoridad de aplicación, sino que, como órgano técnico especializado, es el más indicado para resolver el planteo de la actora. Cita jurisprudencia en abono de su postura.

Agrega que en el caso de autos se requiere de una mayor amplitud de debate o prueba, ya que toda cuestión vinculada al comienzo de la vida humana y de la protección de los embriones, excede largamente el presente trámite.

.....

Fue necesaria su inserción. En este sentido no debe perderse de vista que, la razón de ser del actual Código Civil y Comercial de la Nación fue el reconocimiento normativo de aquellos cambios operados en la sociedad actual en general y de las modalidades vinculadas en particular, a los fines de aggiornarse a lo que acontece en la saga de la realidad y con el objetivo de ajustar sus contenidos a la Constitución Nacional y a los Tratados internacionales de derechos humanos en los que la República es parte.

No puede dejar de mencionarse que previamente el ordenamiento jurídico argentino aprobó la ley nº 26862¹⁵, que procura garantizar el acceso integral a estos procedimientos ya que se dedica a la cobertura médica de estas prácticas. En dicho dispositivo normativo recepta una definición legal en su artículo segundo, entendiéndose por tales “a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”. Contiene tanto las técnicas de baja complejidad como las de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

La legislación es de avanzada atento a que no establece discriminaciones por motivos de género, no requiere el estado patológico de la infertilidad ni solicita el estar en pareja para poder acceder a la cobertura¹⁶. Asimismo implica un trato equitativo de aquellos que poseen como que carecen recursos económicos suficientes. Por esta razón es que las TRHA son una parte integrante de nuestra democrática, múltiple y plural sociedad

15 Promulgada el 25 de Junio de 2013.

16 Lo que se desprende de la referida ley en su art. 7 que al definir a los beneficiarios refiere “toda persona, mayor de edad”. Además, con claridad meridiana queda plasmado en los considerandos que aprueban la reglamentación de la misma; al manifestar “Que la Ley Nº 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los TRES (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga)”.

Continúa analizando los requisitos del amparo, y afirma que en autos no existe acto que amenace con ilegalidad manifiesta los derechos invocados en la demandada, entre ellos, el derecho a la vida. Cita de jurisprudencia. Explica que la práctica no es ilegal, no sólo por cuanto es un método de diagnóstico, sino por cuanto no es contrario a ninguna norma del derecho positivo, siendo que la propia Apress, entre otros entes gubernamentales, lo autoriza para sus afiliados.

Continúa relatando que es una técnica de diagnóstico que permite conocer la constitución cromosómica de los embriones mediante el análisis de una o más células de cada embrión, y como su nombre lo indica, se realiza antes de transferir los embriones al útero.

Asegura que es una técnica que no modifica, ni altera la información genética/cromosómica del embrión, es solo de diagnóstico, no terapéutica, siendo el equivalente al estudio cromosómico que se realiza en cualquier ser vivo y que se denomina “cariotipo”, consistente en realizar un análisis del número de cromosomas del embrión, con la finalidad de diagnosticar cual de esos embriones dará lugar a un embarazo evolutivo, a un aborto espontáneo o a nada (ni siquiera la posibilidad de implantarse).

Asevera que la posibilidad de un aborto espontáneo o la imposibilidad de implantación del embrión se verifican en el 80% de los tratamientos de reproducción asistida, razón por la cual poder conocer con antelación el número normal de cromosomas, ayuda a la pareja a lograr más rápidamente el embarazo, evitando así múltiples tratamientos con los riesgos que eso implica para la paciente.

Señala que todos los embriones a los cuales se les realiza esta técnica son criopreservados en espera de resultado, ningún embrión es descartado, ni los que no tendrán ninguna posibilidad de implantarse, ni aquellos con alteraciones cromosómicas viables, como por ejemplo el Síndrome de Down, embriones que quedan criopreservados a la espera de la resolución de los progenitores, de lo que resuelva un juez o lo que disponga una norma específica sobre la materia.

Transcribe el informe de fecha 21/06/2017 realizado por el Hospital Materno Provincia, dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia, y concluye que además de esta opinión especializada, otra prueba evidente

.....
y en tanto ellas no impliquen una práctica que quebrante los límites legales impuestos, se enlazan con la contribución de la ciencia y la tecnología a la realización más plena de los derechos humanos.

IV. La línea adoptada en el ámbito regional

Las TRHA no han sido ajenas de debate en el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos. En este caso es sumamente destacable la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012¹⁷. Este precedente es motivado por la declaración de inconstitucionalidad en el año 2000 de un decreto ejecutivo del año 1995 que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación.

En dicha oportunidad -y en una apretada síntesis- la Corte se expidió respecto del derecho a la vida privada y familiar manifestando que la Convención Americana prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y que incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (párrafo 142). Consideró asimismo que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, en el sentido genético o biológico (párrafo 143). También refirió que el derecho a la vida privada se relaciona

17 Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

de que el método PGS es legal, lo constituye la circunstancia que el mismo es autorizado por diversos entes de salud, por ejemplo, Apross. Añade que el estudio en cuestión no lo realiza Fecundart, sino que se remite al Laboratorio Igenomix, S.L.

Enfatiza que por todo lo expuesto, se advierte con mucha facilidad que el método en modo alguno viola el art. 57 del C.C.yC.N.

Analiza la normativa en cuestión, y asegura que de la norma surge que no se prohíbe los diagnósticos de genes tales como el diagnóstico pre-implantacional en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto.

Añade que si bien la norma en cuestión procura que no se altere la especie humana, no impide que se eviten enfermedades o se seleccionen embriones con fines terapéuticos.

Destaca que la norma prohíbe alterar o producir una alteración genética, situación que, conforme expuesto, no se verifica en PGS.

Resalta que en autos, no se está afectando el derecho a la vida. Contradice los argumentos de la actora en este sentido, e invoca normas del CCyCN y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en abono de su postura.

Sostiene que no es posible silenciar la difundida utilización de las TRA y/o la presencia de importantes antecedentes jurisprudenciales locales e internacionales sobre la materia, así como la existencia de normas específicas o intentos legislativos al respecto.

Analiza lo que debe entenderse como “concepción” en el CCyCN y por los tratados de derechos humanos.

Añade que, en sentido coincidente, el régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, vigente en nuestro país, por la Ley 26.862, y el Decreto N° 956, sigue idéntica línea de razonamiento a la establecida en el CCyCN.

Razona que la acción de amparo igualmente debe ser desestimado, con fundamento en la cláusula transitoria segunda contenida en el art. 9 de la Ley 26.994 que asigna al embrión no implantado una categoría especial – distinta a la prevista en el CCyCN para las “cosas” y para las “personas humanas”, y lo somete a un régimen

.....
con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (146)

Por su parte, atento a que el principal argumento desarrollado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema al momento de declarar la inconstitucionalidad del decreto se fue el que manifestaba que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la fertilización in vitro por implicar la pérdida de embriones, estimó pertinente analizar en detalle esta manifestación (párrafo 162).

Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general” (párrafo 173). Entiende que para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica (párrafo 176).

Utiliza diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e

especial de protección.

Infiere que contrariamente a lo manifestado por el amparista, a efectos de determinar el momento a partir del cual los derechos y garantías contenidos en los bloques constitucionales y supraconstitucional resultan plenamente operativos, no resulta indiferente si la concepción ocurre dentro o fuera del seno materno. Añade que es así, pues en el segundo caso, el inicio de la existencia de la persona humana, aun cuando estuviera condicionada a su nacimiento con vida, ocurre con la trasferencia o implantación en el seno materno.

Continúa analizando el fallo de la CIDH "Artavia ...", y sostiene que tal como resuelve el máximo tribunal en derechos humanos, se entiende el termino de concepción desde el momento en que ocurre la implantación, y concluyó que antes de ese evento no procede aplicar el art. 4 de la Convención Americana.

Finalmente, concluye que la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus siglas en inglés) realizada por Fecundart no encuadra en el art. 1 de la Ley 4915, en cuanto no constituye un acto que lesiona o amenace con ilegalidad manifiesta los derechos invocados en la demanda, entre ellos, el derecho a la vida.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, niega el relato, la plataforma fáctica, lo reclamado, y el derecho contenido en la demanda de amparo.

Niega que la práctica de que da cuenta la noticia invocada en la demanda, sea nociva para el embrión.

Niega que se verifique la violación de derecho constitucional alguno con el método PGS; por contrario, se realiza para prevenir malformaciones o interrupciones de embarazos, todo lo cual asegura el derecho a la salud, y a la vida, lo cual incluye el derecho a la procreación. Niega que los embriones se encuentren en riesgo de muerte.

Ofrece prueba: documental, informativa.

Formula reserva del caso federal (art. 48, Ley 48). 4.- Por el Auto N° Trescientos treinta y siete de fecha

.....
 incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (párrafo 264).

De esta manera el Alto intérprete regional al reflexionar sobre si el embrión está asimilado a la categoría de persona, se manifiesta por la negativa; lo cual nos lleva a indagarnos de manera obligatoria sobre la consideración jurídica del embrión no implantado.

V. La situación jurídica del embrión

Atento que ciertas TRHA gravitan alrededor de la fertilización in vitro; esto es, la unión del óvulo y el espermatozoide en un marco de laboratorio, es decir por fuera del cuerpo humano la consideración sobre el carácter que reviste el embrión desde el punto de vista jurídico no es menor. Máxime cuando en el caso analizado la amparista esgrime que los embriones son personas por nacer, personas humanas abandonadas por sus padres, y arguye la existencia de una amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer que se encuentran en estos establecimientos criopreservándose.

A esta altura resulta propicio indagarse sobre el estatus jurídico que detenta el embrión, pues si bien es cierto que a los fines de resolver el pronunciamiento que se comenta no fue necesario esgrimir una postura al respecto, tampoco es menos cierto que lo reclamado por la amparista guarda una intrínseca conexión con esta situación. Es de destacar que la accionante solicita dentro de sus pretensiones el nombrar un tutor judicial para los embriones criopreservados.

De esta manera y tomando como eje el análisis integral de la normativa vigente en nuestro ordenamiento se considera que el embrión in vitro no posee la misma categoría que

01/08/2017 (fs.69/72) no se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, sin imposición de costas. Proveída y diligenciada la prueba (fs. 108/269), se dicta el decreto de autos para sentencia (fs. 271). Firme y consentido queda el amparo en estado de ser resuelto.

5.- Podemos sintetizar los términos de la litis en los siguientes términos: Los representantes de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida “Fecundart” y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como “Diagnóstico Genético de Preimplantación” y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación. Asimismo, requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.). Aclaran que la acción se dirige contra dos actos lesivos; el primero es la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación. El segundo acto lesivo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la Provincia de Córdoba (cfr. fs. 1/15vta.).

La co-demandada Provincia de Córdoba se opone al progreso de la acción de amparo y alega que no se configuran los presupuestos para su procedencia, esgrimiendo: a) falta de legitimación pasiva de la Provincia de Córdoba, habida cuenta que la Ley 26.682 la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de

la de persona desde el punto de vista jurídico. Ello atento que el Código Civil y Comercial al regular el comienzo de la vida humana establece en la disposición transitoria segunda que su regulación será materia de una ley especial. Si detentara el mismo carácter lo hubiese regulado en el mismo cuerpo normativo. Además cuando el art. 21 habla del nacimiento con vida alude a la adquisición irrevocable de los derechos del “concebido o implantado en la mujer” si nace con vida. De esta manera la categoría de persona no estaría presente en la probeta; a imagen y semejanza en materia de consentimiento informado estipula la posibilidad de su revocación “antes de su implantación” y no antes de su fecundación. Por otra parte lo manifestado guarda armonía con la ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, su decreto reglamentario, así como con los estándares convencionales y las interpretaciones internacionales en la materia¹⁸.

Ahora bien, lo antes manifestado no es extensivo a asimilarlo a un mero objeto material esto es, tampoco puede tratarse como si fuera una cosa. Ello así dado que si bien no posee el estatus jurídico de centro de imputación normativa si posee células vivas que no están totalmente desprovistas de significado. El embrión humano in vitro necesita ser considerado con un estatus particular con mayor protección que las cosas (para evitar su comercialización, la utilización con fines espurios, meras investigaciones experimentales que nada tienen que ver con la búsqueda de solución a enfermedades genéticas, etc)

18 Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” / - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015

Salud de la Nación, no el poder de policía local. Además, quien debe dictar las normas sobre la protección de los embriones criopreservados es el Congreso de la Nación (cfr. norma transitoria segunda del art. 9, Ley 26.994) b) falta de legitimación activa de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro, en razón de no tratarse el objeto de la demanda de un interés colectivo, pese a la apariencia, sino que se reclaman derechos subjetivos individuales; c) la legislación de fondo no prohíbe la realización de las TRHA, en cambio, sí están prohibidas las prácticas una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (cfr. art. --- 57 CCyCN), que no es el caso de autos; d) de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la CIDH y la última interpretación de la CSJN en la materia, dejando librado a la autoridad de aplicación - Ministerio de Salud de la Nación- la autorización o no de la práctica de DGP, concluye que la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero; e) las cuestiones debatidas y los presupuestos fácticos que deben ser discutidos, probados y engarzados, requieren de mayor debate y prueba.

La codemandada Fecundart esgrime que: a) Portal de Belén fundamenta su demanda en una publicación periodística sin base científica, en el que tergiversaron las afirmaciones del profesional, b) la autoridad de aplicación en la materia es el Ministerio de Salud de la Nación, de conformidad a la Ley 26.862 inc. j), debiendo dirigirse los reclamos a dicha autoridad; c) la cuestión vinculada al comienzo de la vida humana y a la protección de los embriones, excede el trámite del amparo, y requieren una mayor amplitud de debate o pruebas, d) el DGP no es ilegal, es exclusivamente un método de diagnóstico, que no está prohibido por ninguna norma de derecho positivo, e inclusive la Aprozess, entre otros entes gubernamentales, en algunos casos lo autoriza para sus afiliados, e) el DGP es una técnica que no modifica ni altera la información genética / cromosómica del embrión, es decir, es una técnica de diagnóstico no terapéutica. Ningún embrión es descartado, ni los que no están en condiciones de implantarse, no encuadra la situación en el art. 57 del C.Cy.CN. d) el C.C.y C.N., y los tratados internacionales de derechos humanos, establecen como punto de partida para el inicio de la vida humana, la implantación en el útero materno.

pero sin la amplia protección que posee la persona humana¹⁹. En este sentido resulta relevante destacar el proyecto de ley presentado en abril del corriente año en la Cámara de Diputados que pretende la regulación necesaria en cumplimiento de la manda estatuida por la disposición transitoria segunda del CCCN; proyecto que se inscribe en el sentido antes manifestado.²⁰

VI. Consideraciones finales

Luego del recorrido efectuado y llegado a este punto de las consideraciones finales es dable advertir que el tema que nos convoca está permeado por los nuevos acontecimientos de la vida actual. El avance de la técnica posibilitó el surgir de estas prácticas, que se gestaron a la par del concepto de revertir enfermedades y que en el presente se encuentran embebidas y reafirmadas por los cambios operados en el sistema integral de protección humana. Son múltiples los derechos en ellas imbricados y es por eso que merecen una especial atención. Ahora bien, esta última no puede estar desprovista de la vigilancia necesaria en pos de evitar convertirse en un medio que justifique cualquier fin. En este punto resultan ilustrativas las manifestaciones vertidas por el Tribunal Superior de Justicia y citada en la causa que se debate en torno a que implican un fenómeno en que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y dis-

19 I.A.M.M., Eleonora "El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos" Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

20 <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>

6.- Cabe recordar que reiteradamente se ha dicho que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (Fallos: 306:1453; 308:2632; 310:576, 2470; 311:612, 1974 y 2319; 312:262,357; 314:996; 316:3209; 317:164, 1128; 320:1617; 323:1825 y 2097; 325:396, entre muchos otros).

La jurisprudencia también ha aceptado que, en principio, la acción de amparo no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 269:187; 270:176; 303:419 y 422), regla que ha sustentado cuando el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (Fallos: 303:422), o cuando se requieren trámites probatorios, por estar en presencia de cuestiones complejas y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178).

Teniendo en cuenta tales conceptos, corresponde analizar la pretensión esgrimida por la parte actora y las defensas opuestas por las demandadas, conforme ha quedado relacionado el punto anterior.

7.- En primer lugar, corresponde analizar las cuestiones formales planteadas, y en tal sentido cabe descartar la falta de legitimación pasiva de la Provincia de Córdoba, invocada como defensa por la codemandada, por cuanto si bien en la Ley Nacional 26.682 la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de Salud de la Nación, regulando con amplitud el acceso a la cobertura de los tratamientos en cuestión y esencialmente, lo atinente a cuestiones sustanciales delegadas por las provincias a la nación conforme el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Los gobiernos locales conservan la competencia no delegada relativa esencialmente a la instrumentación de tales normativas federales, las cuales con carácter de orden público deben

.....
 cusiones) insoslayable, al constituir un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMELO, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” /. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- LAMM, Eleonora “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos” Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

aplicarse en todo el territorio nacional (art. 10 Ley 26.862).

En ese sentido se reconoce expresamente en la citada Ley la competencia provincial (art. 10), en cuanto invita a las mismas "... a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes". Conceptos también reiterados en el Decreto Reglamentario N° 956/13 (arts. 3 y 4).

En consecuencia, coexisten en la integralidad del ordenamiento jurídico vigente ambas normativas respecto a la temática en cuestión, erigiéndose en poder de policía también la Administración Provincial.

Respecto al segundo tópico que ambas demandadas invocan, esto es la falta de legitimación activa de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro, debe tenerse en cuenta que la CSJN en el precedente Portal de Belén (fallos 325:292), adscribe a un criterio amplio en cuanto a representación procesal de la Asociación Civil, habida cuenta de los fines concretos que justifican su creación conforme lo establecido en su respectivo estatuto y por ende, tal argumento no puede prosperar.

8.- Efectuadas estas consideraciones y en orden al análisis de las cuestiones sustanciales planteadas, es innegable que con la sanción del Código Civil y Comercial de Nación y de la Ley N.º 26.862 se trata a las personas concebidas mediante TRHA como un tercer tipo filial, regulándolos a la par de las causas fuentes filiales ya existentes (por naturaleza y la adoptiva). Al respecto el Decreto 956/13 reglamentario de la mencionada norma, establece que se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo.

A continuación, define a las técnicas de baja complejidad como aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación

-
- Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).
 - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN" disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccykn> Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2016
 - SALITURI AMEZCUA, María Martina - Vázquez Acatto Mariana "La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado" Revista IUS versión impresa ISSN 1870-2147 -Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017.
 - VITTOLA, Leonardo "El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial", disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial> Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2017.

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

El Tribunal Superior en pronunciamientos recientes, ha señalado que las TRHA implican un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y discusiones) insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una *“disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes”*, al impactar y ampliar *“las tipologías de familias”*. Desde esa óptica, las TRHA constituyen un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico. (cfr. Sentencia N°1/18, en autos *“ONTIVERO, ANA FERNANDA Y OTRO C/*

ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915), RECURSO DE APELACIÓN (Expte N° 2541886).

En el estado actual de la cuestión, no existen dudas respecto de la recepción legal de las TRHA en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Clave es enfatizar que la Ley 26.862 no prohíbe la crioconservación de embriones, y del Decreto Reglamentario precisamente en su art. 2, segundo párrafo, la dispone como técnica de alta complejidad. A su vez, el art. 4 reconoce la existencia de bancos de gametos y/o embriones.; y el art. 7 permite revocar el consentimiento para la práctica de procreación asistida hasta la implantación del embrión en la mujer.

Pese a que la ley admite como técnica compleja la criopreservación, no fija límites de tiempo en que los embriones deben estar almacenados, ni el destino final de los mismos en caso de no ser utilizados en el tratamiento a realizarse (vgr. disposición por sus titulares, donación con fines de investigación, cese de su conservación sin otra utilización, entre otros).

Dicho tema, que supone la necesidad de una previa definición legal relacionada con la concepción y el comienzo de la vida humana (art. 19 CCyC), que tantos debates y conflictos generan por sus aspectos bio-éticos, aun no ha sido resuelto por el legislador nacional. En la disposición transitoria segunda, art. 9 Ley 26.994, ley de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1°), se dispone que *“la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”*, la cual al día de la fecha no se ha sancionado.

9.- Íntimamente relacionado con lo anterior, la práctica cuestionada en autos, denominada Diagnóstico Genético Preimplantacional, según el informe emitido por el Hospital Materno Provincial es un procedimiento que –en el marco de la reproducción asistida- permite detectar anomalías genéticas y cromosómicas de los embriones obtenidos a través de la Fertilización In Vitro, y seleccionar los que sean genéticamente normales para ser transferidos al útero materno, optimizando así la posibilidad de embarazo, y del nacimiento de un niño libre de enfermedades genéticas, así como también disminuyendo las chances de aborto en parejas que conciben mediante TRHA por la transferencia de embriones con alteraciones cromosómicas (fs. 49). Tal informe no fue desvirtuado por prueba en contrario por la parte actora.

Los profesionales destacan que el PGS (siglas en inglés) o Screening Genético Preimplantacional detecta en los embriones logrados a través de Fertilización In Vitro, estas alteraciones cromosómicas que no darán lugar a un embarazo evolutivo en la mujer. Indican que *“esta técnica no puede modificar o “arreglar” estas alteraciones cromosómicas en los embriones ni mucho menos manipular su composición genética, sólo hace un diagnóstico antes que se implante en el útero”* (cfr. fs. 52).

Ahora bien, en el articulado de la Ley 26.862 y de su decreto reglamentario no está incluido el DGP como prestación integrante del Programa Médico Obligatorio (PMO) que deba ser cubierto en consecuencia por los efectores del sistema de salud. A la fecha la Autoridad de Aplicación tampoco ha resuelto su inclusión.

Si bien existe un vacío legislativo, la práctica en sí misma no se encuentra estrictamente prohibida. En este punto resulta imperioso referirse al art. 57 del C.C.y C.N, el que prescribe: “*Prácticas prohibidas: está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*”. Es ilustrativo el informe y recomendación elaborado por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y Tecnología en el ámbito del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva Nacional, propuestas para la redacción de artículos del Proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, el que expresamente destaca que La prohibición estipulada en el artículo 57 se refiere exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y estén destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia.

El Comité en cuestión, aclara que el artículo 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como los pre-natales y pre-implantatorios en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto. Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo. Por tales motivos y para evitar dificultades en la interpretación del artículo se sugiere que en la redacción se destaque la única prohibición respecto a producir alteraciones genéticas del embrión que resulten transmisibles a la descendencia (cfr. <http://www.cecte.gov.ar/recomendaciones-e-informes/>).

10.- De todo lo expuesto hasta aquí surge sin hesitación la problemática compleja y arduamente discutida en nuestro derecho que conlleva la práctica en cuestión y la pretensión concreta de la parte actora -Portal de Belén- en relación con ésta (cese de su utilización en toda la provincia) pues impone –como ya lo adelanté- debatir respecto a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y el destino de aquellos que se crioconservan. En efecto, la trascendencia de la cuestión que encierra el DPG, teniendo en cuenta que es una técnica de diagnóstico y no terapéutica que implique alterar genéticamente el embrión, radica en las consecuencias de su realización, esto es, en la selección de embriones obtenidos mediante Fecundación In Vitro (FIV) y la posterior transferencia al útero materno únicamente de aquellos genéticamente sanos y viables, a fin de lograr un embarazo libre de enfermedades genéticas, ello nos obliga a concluir que se trata de una actividad lícita que en modo alguno justifica prohibir su utilización.

Además aparece la problemática de la conservación y el destino final de aquellos embriones no implantados, que necesariamente exige una previa definición del Congreso de la Nación para poder exigir de las Provincias actuaciones positivas en relación al tema. Considero que los jueces, como ya lo adelanté, excedemos nuestras potestades si pretendemos sustituir con decisiones la competencia asignada por la Constitución a los otros poderes del Estado.

11.- En efecto, la ausencia de norma legal que establezca con precisión las cuestiones sustanciales mencionadas, impide la actuación judicial que se pretende, con mayor razón si tenemos en cuenta los disímiles argumentos brindados por la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Así vemos que se distingue entre aquellos que se inclinan por considerar el embrión no implantado como persona desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, independientemente de donde se lleve a cabo ese suceso, sea dentro o fuera del seno materno (vgr. “S.G.E. C/ IOMA s/ Amparo, 24/02/2012, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata; “L.E.H. c/ OSEP s/ Amparo, 30/07/2014, Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 1; “G.Y.S. c/ Osde s/ Amparo, 12/11/2014, voto en disidencia, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín; “M. I. N. c/ OSDE s/ Amparo,” 16/06/2014, Cámara de Apelaciones de Salta, entre otros); de los argumentos que consideran que el embrión no implantado no es persona desde el punto de vista jurídico, (vgr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012; L.E.H. c/ OSEP s/ Amparo, 30/07/2014, Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 1, voto en disidencia, “G.Y.S. c/ Osde s/ Amparo, 12/11/2014, voto en disidencia, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, voto de la mayoría, entre otros).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en autos “Costa y Pavan v. Italia, de fecha 28/08/2012, reconoce la permisión de la técnica, en el entendimiento que la prohibición importaba una violación del derecho a la vida privada y familiar, previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Es del caso insistir que más allá de que el DGP pueda o no ser considerado todavía un método experimental, lo cierto es que el destino final de los embriones no implantados afecta tantos aspectos éticos, biológicos, morales, sociales y religiosos, que su legislación impone la necesidad de un previo debate social y parlamentario, que no puede ser suplido por voluntad de los magistrados.

Por lo demás, reitero que el vacío legislativo relacionado a algunos aspectos vinculados al TRHA y al DGP, no habilita al Tribunal para decidir en relación a su aplicación, tal como lo pretende la actora, dado que tratándose de una práctica no prohibida por el derecho vigente, en las actuales condiciones, requieren de una evaluación cuidadosa con mayor debate y prueba que, debido a la complejidad de la cuestión, excede también el marco excepcional y expedito de la presente acción de amparo.

La propia CSJN omitió pronunciarse respecto de la cuestión debatida en autos, en cuanto a la inclusión o no de la DGP a los fines de la cobertura por los efectos del sistema de salud, por considerar que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo, CSJN 3732/2014, doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros). Es que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar problemas, como en el caso de autos, vinculados a aspectos que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de las personas.

En otras palabras, no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego, debatir el tema teniendo presente los aportes del conocimiento científico, respetando los principios fundamentales de la sociedad democrática, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y establecer el comienzo de la persona, y el tratamiento del embrión no implantado. Por ello y atento a los considerandos precedentemente desarrollados como fundamento de este pronunciamiento, me hacen llegar a la convicción de que la acción de amparo interpuesta por la actora resulta improcedente, por lo que corresponde no hacer lugar a la misma.

12.- En cuanto a las costas, atento a la naturaleza de la cuestión debatida y de los derechos en juego, corresponde imponerlas por el orden causado. Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MARÍA INÉS ORTIZ DE GALLARDO DIJO:

1.- Me remito a la relación de causa realizada por el Sr. Vocal de primer voto Dr. Humberto R. Sánchez Gavier.

Acuerdo con la solución propuesta, con los siguientes argumentos coadyuvantes y los alcances de la decisión.

2.- La amparista -Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro- interpone la presente acción de amparo con dos pretensiones claramente diferenciables (cfr. fs. 1vta.):

a) Que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación y todo procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación.

b) Que se ordene el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana y se designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte, en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en la Provincia de Córdoba y los tengan criopreservados en la actualidad, previo censo.

Con ese objeto demanda a la Clínica de Fecundación Asistida “FECUNDART” y a la Provincia de Córdoba.

3.- En orden a la defensa de falta de legitimación activa y pasiva desarrollada por la Provincia de Córdoba en su informe, me remito a los fundamentos y conclusiones propuestos por el Sr. Vocal de Primer Voto.

En cuanto al análisis acerca de la procedencia de la pretensión actora y de su oposición, tanto por la Provincia de Córdoba cuanto por la Clínica FECUNDART, estimo conducente efectuar las siguientes apreciaciones.

4.- Derecho a la vida desde la concepción

4.1.- La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 22 dispuso: *“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Por su parte, en el inc. 23 ib. se estableció: *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

De ese modo, la reforma constitucional ha fortalecido e incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad una serie de derechos humanos, entre los cuales es posible destacar de manera especial a la:

I.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948:

“Artículo I.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

“Artículo VI. – Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

“Artículo VII.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial”.

II.- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: Preámbulo: *“...considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”.*

“Artículo 3º- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

“Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

III.- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica-

Ley N° 23.054:

“Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

IV.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, Ley N° 23.313:

“Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

En orden a este precepto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que *“...la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho [a] tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”* (Observación General n° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 12; en el mismo sentido, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994, párr. 7, inc. 2).

“Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

V.- Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849:

V.a.- Preámbulo: *“Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”.*

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”.

“Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

“Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

V.b.- Ley N° 23.849(B.O. 22/10/1990) aprobatoria de esta convención, en su art. 2 establece: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: ...Con relación al artículo 1° de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...” (énfasis agregado).

La C.S.J.N. ha señalado que “...el artículo 2° de l? l?? 23.849, ?n cuanto estipula que ?l artículo 1° de l? Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 -1.2; 1.3-)...” (“F. A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA” de fecha 13/03/2012 Fallos: 335:197).

VI.- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006:

“Artículo 10 - Derecho a la vida

Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

VII.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ley 23.313:

“Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
5. No se impondrá la pena de muerte ...a las mujeres en estado de gravidez”.

4.2.- La Ley N° 26.994 (B.O. 08/10/2014) aprobatoria del Código Civil y Comercial, en su art. 9 dispuso como norma transitoria de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, entre otras, la siguiente: “Segunda. La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el “LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL”, “TITULO I Persona humana”, “Capítulo 1 Comienzo de la existencia” prevé:

“Art. 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

“Art. 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

“Art. 21.- “Nacimiento con vida. 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”.

El Capítulo 3 de “Derechos y actos personalísimos” dispone:

“Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. “Art. 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

El Código Civil y Comercial en el “TITULO V Filiación”, “CAPITULO 1, Disposiciones generales” establece: “Art. 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Art. 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada”.

En el “CAPITULO 2” sobre “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, se normó:

“Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Art. 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Art. 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.

Art. 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

4.3.- La Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (B.O. 26/06/2013) tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

A los efectos de esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Asimismo, dispone que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 2).

La autoridad de aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 3). El art. 4 ib. crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. El art. 7 señala que: “Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

También declaró que “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el te-

ritorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes”.

4.4.- El Decreto Nacional N° 956/2013(B.O. 23/07/2013) reglamentario de la ley dispone: “Art. 3.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la Ley N° 26.862 y de la presente Reglamentación es el MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, en lo que resulte materia de su competencia.

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES el desarrollo y aprobación de las normas de

Expediente Nro. 6333290 - 35 / 65

habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida”.

“Art. 4.- Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado”.

“Art. 5.- Requisitos. La Autoridad de Aplicación deberá establecer los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

La habilitación sanitaria del servicio y de los establecimientos será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente”.

Por su parte, el art. 7 ib. al reglamentar los “beneficiarios” prevé: “El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales.

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”.

4.5.- La Ley 26.529(B.O. 20/11/2009) de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, a partir del art. 5 establece la necesidad de contar con consentimientos informados en todo procedimiento médico, incluido las TRHA.

Esta ley, vale aclarar, es anterior al Código Civil y Comercial, en los artículos transcritos presentemente, referidos al as TRHA.

4.6.- La Constitución de Córdoba de 1987 en el “TÍTULO PRIMERO” “Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías”, “SECCIÓN PRIMERA”, “Declaraciones de Fe Política”, consagra que:

“Art. 4º: La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos”.

La “SECCIÓN SEGUNDA - Derechos”, Capítulo Primero Derechos Personales” consagra como “DERECHOS ENUMERADOS”:

“Artículo 19.- Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:

1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal”.

El Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1987, a través del Convencional Martínez, en sus debates expresó:

“El artículo 19 propuesto enumera una serie de derechos que reafirman la dignidad y valor de la persona humana.

Su inciso 1° reconoce el derecho a la vida. Para algunos quizás resulte extraño que la Constitución Nacional no contenga un principio similar, aunque es evidente que este derecho está comprendido y supuesto en todos los demás. Bidart Campos, parafraseando a Ortega y Gasset, señala que la vida humana, la de cada uno, “es la suprema y radical realidad”, lo que nos hace comprender que “todos los demás derechos y libertades son gozados en la medida en que se radican en la vida humana, en el derecho de vivir, en la libertad jurídica de vivir”. El derecho a la vida es la facultad inherente a todo ser humano de conservar su existencia y, por extensión, su integridad física. Es este un atributo primario y esencialísimo a la persona, al que están subordinados, por motivos obvios los demás derechos.

Este derecho ha sido reconocido universalmente por los grandes sistemas religiosos, morales y jurídicos de la humanidad, aunque las formas y límites de su observancia hayan podido variar, según el grado de cultura y de civilización de cada pueblo. Cronológicamente, ha sido, sin duda, el primero de los derechos humanos expresamente consagrado y protegido. Es evidente que sin el amparo de la existencia de sus miembros, la sociedad misma no podría subsistir. En todo tiempo y lugar, el atentado contra la vida ha sido considerado como un gravísimo delito, que ofende al Creador, viola el orden moral y subvierte los fundamentos mismos de la convivencia social. “La vida es sagrada”. El mandamiento del Decálogo resuena eternamente en la conciencia del hombre: “No matarás”.

Merece destacarse la protección de la vida “desde la concepción”, como una toma de posición valiente y decidida frente a las tendencias legislativas que propician o permiten “la interrupción voluntaria de la gestación”. El respeto al hombre no admite limitaciones artificiales e hipócritas ya que debe ser protegido cuando más indefenso está. La clara definición contra el aborto es, en definitiva, una opción por el hombre y la vida...” (conf. Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente Año 1987, 29 de diciembre de 1986 a 30 de abril de 1987, Córdoba, pág. 1392, énfasis agregado). Dicho artículo fue votado y aprobado (pág. 1395 Diario de Sesiones cit.).

El art. 22 sobre “OPERATIVIDAD” refiere que: “Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal”.

El art. 59 sobre “SALUD” declara: “La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social.

El Gobierno de la Provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, Municipios e instituciones sociales públicas y privadas.

La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud.

El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio Provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos” (énfasis agregado).

El Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente Año 1987, registra como antecedentes de este precepto que:

“Existen en el ámbito de la Provincia en vigencia leyes y decretos de orden nacional que se superponen y dejan sin vigencia la norma legal sugerida de legislación provincial (leyes 4853 y 6222). A los efectos de salvaguardar el principio federal y prevenir nuevas anomalías recomendamos el texto precitado” (conf. pág. 296 Diario de Sesiones cit.).

4.7.- En la Argentina, merced a nuestra organización de estado federal, la salud no se cuenta entre

las competencias delegadas por las provincias a la Nación.

La Ley 23.054 Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4); el art. 2 de la Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño; la Ley 26.944 Código Civil y Comercial (art. 19); declaran textualmente que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.

En la mayoría de las constituciones provinciales se garantiza de modo expreso el derecho a la vida desde la concepción: Buenos Aires (art. 12.1.); Catamarca (art. 65, III, inc. 1°); Chaco (art. 15.1.); Chubut (art. 18.1.); Entre Ríos (art. 16); Formosa (art. 5°); Río Negro (art. 16 en correlación con el 59); Salta (art. 10); San Juan (art. 4°.1.), San Luis (arts. 13 y 49); Santiago del Estero (art. 16.1.); Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur (art. 14.1.); Tucumán (Preámbulo y arts. 40.1. y 146).

La Constitución de Córdoba es categórica al reconocer el derecho a la vida desde la concepción, y los debates que precedieron a la aprobación de ese precepto constitucional en el seno de la Convención Constituyente de 1987 nos ilustran de la causa-fin con la cual fue sancionado.

Como señaló la Procuración General de la Nación en su dictamen “...no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la convención que tutela sus derechos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción, en la medida que el derecho del niño a la vida no se adscribe a una entelequia (“...desde la concepción...”) sino que responde -y debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta y dinámica...”. (T. 421. XXXVI. “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 08/01/2001 y “P. 709. XXXVI. Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” del 24/04/2001).

5.- La doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho a la vida desde la concepción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en diversos fallos sobre la condición jurídica del niño por nacer. Así, por ejemplo, en:

I.- “T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” de fecha 11/01/2001, Fallos 324:5. En este pronunciamiento referido a la autorización para que se proceda a inducir el parto a quien se hallaba en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico - enfermedad que excluye su viabilidad extrauterina-, la C.S.J.N., por mayoría, concluyó:

“Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente -que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana-, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales” (énfasis agregado).

II.- “Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, de fecha 05/03/2002, Fallos 325:292, se refería a una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, consiste en determinar si el fármaco “Imediat”, denominado “anticoncepción de emergencia”, poseía efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello hacía necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

La C.S.J.N. afirmó por mayoría que “...el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario” (énfasis agregado).

El efecto de inhibir la implantación “...ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior” (considerando 10°).

III.- “Sánchez, Elvira B. c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, de fecha 22/05/2007, Fallos 330:2304, la C.S.J.N. sostuvo que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana,

preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional” (del Dictamen de la Procuración General de la Nación que hicieron propio los Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, énfasis agregado).

IV.- "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva" de fecha 13/03/2012 Fallos: 335:197 referido al caso del aborto no punible, donde el embarazo fue la consecuencia de una violación.

En uno de los votos en minoría se expresó que: *"Si en el recurso extraordinario se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación, al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que hizo el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86, inc. 2º del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador"* (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

Este fallo, es anterior al art. 19 del Código Civil y Comercial que estableció que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. V.- "L.E.H. Y OTROS c/ O.S.E.P. s/ Amparo" de fecha 01/09/2015 Fallos: 338:779 en el cual resolvió que: *"Corresponde confirmar la sentencia que rechazó el pedido de cobertura integral de la prestación de fertilización in vitro con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) si dicha prestación no aparece incluida dentro de las técnicas y procedimientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida enumerados por la ley 26.862 ni en su decreto reglamentario 956/2013"* (doctrina seguida por la C.S.J.N. en "F., M. A. c/ Esencial s/amparo contra actos de particulares", fallo del 27/09/2016 y FBB 6678/2014/I/RH1 "Serra, Adrián Javier y otro c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/ amparo ley 16.986", fallo del 07/02/2017).

6.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el embrión no implantado

6. 1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo Caso "ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA", Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", abordó el tratamiento de una cuestión planteada en Costa Rica que era el único país de la región que prohibía y, por tanto, no autorizaba prácticas de la FIV.

La Corte I.D.H. en el fallo citado concluyó en orden a la interpretación del artículo 4.1 que

"264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general" (énfasis agregado).

La Corte I.D.H. ha relacionado el concepto jurídico de "persona" con el concepto científico de viabilidad del embrión. El Tribunal expresó que: *"...186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no*

recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo...”.

En el Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossien “Artavia Murillo” se dijo en primer lugar que: *“...los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron”.*

6.2.- En este aspecto es necesario destacar que, además, el art. 19 del Código Civil y Comercial es posterior al fallo “Artavia Murillo” por lo que el concepto jurídico de “concepción” ingresa al margen de deferencia o apreciación del Estado Argentino, cuya definición debe ser objeto de un consenso legislativo por el órgano instituido por la Constitución Nacional a ese fin (art. 75 inc. 22, C.N.).

7.- El Diagnóstico Genético Preimplantacional

7.1.- La amparista pretende en primer lugar que se ordene el cese de la práctica consistente en el Diagnóstico Genético Preimplantacional y todo procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación.

El Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP) es un procedimiento desarrollado con el objeto de evitar las enfermedades que se transmiten genéticamente, lo que permite implantar embriones sanos al seno materno.

Es una forma de diagnóstico temprano desarrollado a partir de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, como la Fecundación in Vitro (FIV) y la Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Este diagnóstico permite de forma precoz detectar mediante estudios genéticos, enfermedades monogénicas, anomalías cromosomales así como determinar el sexo de los embriones antes de transferirlos al útero y por tanto antes de que se produzca la implantación.

El objetivo generalmente será seleccionar aquellos embriones sanos evitando la transmisión de enfermedades genéticas y hereditarias, así como los síndromes de predisposición al cáncer, entre otras enfermedades.

El DGP es una opción cada vez más accesible y menos invasiva, indicado cuando por lo menos uno de los padres tiene antecedentes de riesgo genético, haber procreado previamente un hijo con enfermedades graves o cuando la edad de la madre supera los 35 años. Idóneamente la finalidad que persigue el DGP es la terapéutica, esto es, tratar la afección detectada.

El DGP proporciona una opción de reproducción para aquellas parejas que buscan tener descendencia propia, pero quieren prevenir el riesgo de transmitir una enfermedad o anomalía genética heredable (vid Cámara Federal de La Plata, Sala I, sentencia del 13/09/2018 “C.N. c/ SWISS MEDICAL S.A s/ LEYES ESPECIALES (diabetes, cáncer, fertilidad)”.

Si el diagnóstico prenatal respeta la vida e integridad del embrión y del feto humano y si se orienta hacia su custodia o hacia su curación, el diagnóstico es lícito. Es que son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual. Una acción estrictamente terapéutica que se proponga como objetivo la curación de diversas enfermedades, como las originadas por defectos cromosómicos, será en principio considerada deseable, supuesto que tienda a promover verdaderamente el bienestar personal del individuo, sin causar daño a su integridad y sin deteriorar sus condiciones de vida (conf. Discurso a los participantes en la 35ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, 29 de octubre de 1983: AAS 76 (1984), 392 de Juan Pablo II).

7.2.- Ley N° 26.689(B.O. 03/08/2011) sobre el Cuidado Integral de la Salud de las Personas con Enfermedades Poco Frecuentes (en adelante EPF), establece como uno de sus objetivos la promoción del acceso al cuidado de la salud de las personas con EPF, incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas.

Mediante la Resolución N° 1227/2008 del Ministerio de Salud de la Nación (B.O. 29/10/2008), modificada por la Resolución N° 1129/2009 (B.O. 14/01/2010), se creó el Programa para la Implementación de la Red Nacional de Genética, en el ámbito de la Dirección de Medicina Comunitaria, dependiente de la Ex Subsecretaría de Salud Comunitaria, ulterior Subsecretaría de Medicina Comunitaria, Maternidad e Infancia, dependiente de la Secretaría de Salud Comunitaria de ese Ministerio.

En el marco del Programa Red Nacional de Genética Médica se conformó el Registro Nacional de Anomalías Congénitas (RENAC) cuyos objetivos son producir conocimiento epidemiológico sobre las Anomalías Congénitas estructurales y visibles al nacimiento, y orientar en el abordaje de las Anomalías Congénitas para su atención oportuna.

La Resolución N° 2329/2014 del Ministerio de Salud de la Nación (B.O. 02/01/2015), dictada en el marco de las disposiciones de la ley de enfermedades poco frecuentes, expresa que la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud -de mayo de 2010- explícitamente refiere que para poder dar cumplimiento a la meta correspondiente al cuarto Objetivo del Desarrollo del Milenio (reducir las dos terceras partes -entre 1990 y 2015-, la mortalidad de los niños menores de 5 años) los países miembros, deben necesariamente abordar y tratar en forma integral la prevención, diagnóstico, tratamiento y seguimiento de las Anomalías Congénitas debido a que estas representan uno de los “Núcleos Duros” de la mortalidad infantil.

Asimismo, en el marco del Programa Red Nacional de Genética Médica, dependiente del Ministerio de Salud, se conformó el Registro Nacional de Anomalías Congénitas (RENAC), cuyos objetivos son producir conocimiento epidemiológico sobre las anomalías congénitas estructurales y visibles del nacimiento, y orientar en el abordaje de las anomalías congénitas para su atención oportuna. En el mismo sentido, el Programa procura mejorar la accesibilidad al diagnóstico, asesoramiento y tratamiento de las personas que presentan este tipo de padecimiento, en el marco de la equidad, entendiendo salud integral como un derecho inherente a las personas.

Concretamente, es dable precisar que en el artículo 2 de la referida resolución, se sostiene que a los fines de cumplir con los objetivos del Programa se desarrollan diferentes acciones, tal como, “k) *Promover el desarrollo de estrategias de diagnóstico prenatal de anomalías congénitas en el subsector público de la salud*” (énfasis agregado). La Ley 26.862, en tanto autoriza las prácticas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones y crea un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, incluyendo a los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones, ha autorizado los procedimientos de la TRHA que en algunos casos hace necesario el DGP.

Lo que la ley ha dispuesto, es no incluir la cobertura del 100% de dicha práctica en el Plan Médico Obligatorio (en adelante PMO).

El Decreto N° 956/2013, reglamentario de la ley, al definir y explicitar el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de “técnicas de alta complejidad”, solo menciona la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos; ninguna referencia realiza con relación al DGP lo que significa que el hecho que las obras sociales no estén obligadas a cubrirlo, se trata de una práctica no prohibida si se realiza con los alcances del art. 57 del C.C.C.

Tampoco lo ha incluido en la cobertura la Resolución N° 1 - E/2017 del Ministerio de Salud (B.O. 04/01/2017), desde que no contempla ese procedimiento como parte integrante de los tratamientos de reproducción médicamente asistida.

7.3.- En esta causa, la pretensión de la amparista que persigue el cese de toda práctica de DGP y de todo procedimiento de manipulación genética de embriones, por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación, por las normas relacionadas y las razones indicadas, no es de recibo.

Ello es así toda vez que ha sido la propia legislación de fondo la que lo ha instituido (Ley N° 26.689 y art. 2 inc. k) de la Resolución N° 2329/2014).

En orden a este punto la amparista no ha efectuado un planteo concreto de inconstitucionalidad de la Ley 26.689 y/o de la Ley 26.862 que pudiera sustentar el acogimiento de la pretensión que intenta.

En otras palabras, que el DGP no esté incluido en la cobertura del PMO que reconoce la Ley 26.862, eso no significa que el DGP esté expresa o implícitamente prohibido como práctica médica, cuando está expresamente relacionado en la normativa analizada.

Vale insistir, que el DGP no esté incluido en la cobertura médico asistencial que reconoce la ley y su reglamentación tal como así lo ha resuelto la C.S.J.N. cuando sostuvo que el DGP no parece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la Ley N° 26.862 como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio (C.S.J.N. “L. E. H. y otros c/ O.S.E.P. s/ Amparo” Fallos: 338:779; y también de la C.S.J.N. FRO 5664/2014/CSL “F., M. A. c/ Esencial s/amparo contra actos de particulares”, fallo del 27/09/2016 y FBB 6678/2014/l/RH1 “Serra, Adrián Javier y otro c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/ amparo ley 16.986”, fallo del 07/02/2017), ello no significa que constituya una práctica prohibida cuando la Ley 26.689 y la Resolución N° 2329/2014 la reconocen como parte de una estrategia para aminorar la mortalidad infantil, en las condiciones del art. 57 del C.C.C..

Si la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiese entendido que esa práctica era contraria al orden público, no habría cabido la discusión acerca de si estaba incluida o no en el PMO y así la habría descalificado por estrictas razones de un previsible orden lógico de los argumentos.

A esta conclusión se arriba además en virtud de la interpretación literal del art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación que prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Dicha norma debe ser interpretada complementariamente con lo prescripto por la Ley 26.689 y con las técnicas de DGP que en función del citado art. 57 del C.C.C. no permiten alteraciones genéticas de los embriones.

7.4.- En mérito a las razones desarrolladas y a la normativa que le sirven de fundamento jurídico, la pretensión del amparista en cuanto al primer aspecto analizado –cese inmediato del DGP- no procede, atento que dicha práctica no está prohibida, salvo cuando pueda producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57, C.C.C.).

8.- La protección jurídica del embrión no implantado

8.1.- En la medida que la legislación argentina no especifique el concepto jurídico de concepción” que se incorpora en el art. 19 del C.C.C., el consenso general defiende que el preembrión y el embrión no implantado, deben ser respetados como un ser humano desde el mismo momento de la fecundación. El embrión es vida humana (entre los autores que defienden la llamada “teoría de la fecundación”, vid FEMENIA LÓPEZ, P., *Status jurídico del embrión humano, con especial atención al concebido in vitro*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 7 nota 1).

Desde esta perspectiva se considera que una vez producida la fecundación, el embrión es vida humana, por lo cual hay que regular su estatuto jurídico pues la posibilidad de su “descarte” o “destrucción” atentan gravemente contra la ética y la moral.

8.2.- Cabe señalar que las teorías basadas en la fecundación desapruaban que sea éticamente lícito manipular o experimentar con preembriones o embriones humanos para fines no terapéuticos que preserven su integridad (vid, Academia Pontificia para la Vida en “Reflexiones sobre la clonación” disponible en:

<http://www.aciprensa.com/Docum/clonacion2.htm> y Donum Vitae, de la Congregación de la Doctrina para la Fe de la Iglesia católica, que en el Capítulo I relativo a “El respeto de los embriones humanos” establece que: “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida” disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html).

La doctrina explica que “...La consideración del preembrión como una entidad que tiene una dignidad en sí misma (y que por tanto no puede instrumentalizarse con fines de experimentación) también ha sido defendida desde fuera de la Iglesia Católica por autores con planteamientos más o menos ajenos a cuestiones religiosas. El argumento fundamental es que no estamos ante una “cosa”, sino ante un ser de la especie humana en estado potencial que contiene todo el ADN necesario para desarrollar un nuevo código genético. En consecuencia, el

preembrión tiene una dignidad intrínseca que debe ser respetada y se asume (de manera abierta o implícita) que el fin esencial de un preembrión es su implantación y posterior nacimiento, y que por tanto darle un destino distinto al de la reproducción supone violar la dignidad que le es propia...” (vid entre muchos otros: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “El resurgir del Golem: la clonación de preembriones humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados, en Revista de Derecho Privado y Constitución, N° 15, Enero-Diciembre 2001, Madrid, pág. 143 y sgtes.; GRACIA, D., “El estatuto del embrión”, en GAFO, J (Ed), Procreación humana asistida, Comillas, 1998, pág. 1; PALAZZANI, L., “Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano”, en *La identidad y estatuto del embrión humano*, VV.AA, Ediciones Internacionales Universitarias, 2000, p. 77; COZZOLI, M “El embrión humano: Aspectos éticos normativos», en *La identidad.. cit.*, pág. 247; SERRA, A. y COLOMBO, R., “Identidad y Estatuto del embrión humano: La contribución de la biología”, en *La identidad y estatuto del embrión humano*, op. cit, pág. 142, LUCAS, R., “El estatuto antropológico del embrión humano”, op. cit. pág. 166; entre muchos otros).

9.- Vacío legal y estatus moral del embrión no implantado

9.1.- Aún para los que sostienen que el embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, Revista La Ley, 10/07/2012, p. 1 y ss., La Ley 2012-D, 925; HERRER, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, 3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, LA LEY 27/11/2014, 1 Y LA LEY 2014-F, 1075), sin embargo, reconocen expresamente que tampoco es mero tejido humano sin estatus moral.

El Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, del ex Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, en el documento titulado “Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona humana y el tratamiento del embrión no implantado”, sugirió, en relación con el tratamiento de embriones no implantados “...regular el destino de los embriones no implantados remanentes de la realización de técnicas de reproducción humana asistida, previendo su posible utilización para la investigación científica debidamente autorizada y prohibiendo su comercialización en todos los casos” (disponible en www.cecete.gov.ar/pdf/68/, pág. 13).

Este mismo Comité ha puesto de relieve “...la necesidad de establecer diálogos efectivos y permanentes entre el sector científico, los órganos que integran los poderes públicos del Estado, los medios de comunicación social y otros actores de la sociedad civil. Además, ha puesto de manifiesto que los conocimientos científicos y tecnológicos proponen complejos desafíos a la elaboración y aplicación de la ley, pero al mismo tiempo abren posibilidades para la creación, ampliación y perfeccionamiento de derechos...” (disponible en www.cecete.gov.ar/pdf/000082-es.pdf página 2).

Por lo demás, la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, al establecer directrices sobre los alcances de los consentimientos informados refiere que: “Los modelos de consentimiento informado elaborados en el marco de CATRHA parten de la base de considerar que el embrión in vitro o no implantado no son personas humanas de conformidad con una gran cantidad de argumentos jurídicos que se pasan a explicitar de manera sintética a los fines de tener un conocimiento básico de carácter jurídico al respecto...” (disponible en <http://samer.org.ar>).

Por su parte, en el Modelo de Consentimiento Informado para la Criopreservación de Embriones de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA – disponible en <http://www.redlara.com>), se publica lo siguiente:

“Alternativas a este tratamiento

- *Criopreservar células en estado de pronúcleo en caso de problemas ético-morales.*
- *Inseminación de un número bajo de óvulos (descartando o donando el resto de óvulos) para tratar de evitar los embriones excedentes.*
- *Donación de embriones a otra pareja (cuando esto es posible).*

- *Donación de embriones para investigación (cuando esto es posible).*
- *Descartar los embriones excedentes*”.

De todo ello, se infiere claramente, que aún los que sostienen posturas no basadas en la doctrina de la fecundación, sino en la implantación, también ponen de relieve las dificultades interpretativas que se derivan de la falta de una ley del congreso que regule el tratamiento jurídico de los preembriones y/o de los embriones humanos, con todas sus implicancias médico legales.

9.2.- En ese contexto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales -y más en el limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen el contenido sustancial y/o los alcances de esa reglamentación.

Ello es así pues “...la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades” (C.S.J.N. Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros).

10.- El margen de apreciación del Estado Argentino

10.1.- El tema traído a debate por la amparista, pone de relieve la necesidad impostergable de un consenso legislativo sobre el estatus jurídico del preembrión y del embrión no implantado. Téngase presente que ante la estructura federal de gobierno esa materia integra el derecho de fondo (art. 75 inc. 12, C.N.), lo que al propio tiempo de sostener la atribución del Congreso de la Nación al respecto, desde el plano internacional se reconoce un margen de deferencia o de apreciación nacional del Estado Argentino para establecer legislativamente la tutela jurídica del embrión, en el marco de las obligaciones asumidas en el orden interno e internacional. Ello es así con más razón cuando diversas Constituciones Provinciales -entre las cuales se incluye a la Constitución de Córdoba- han tomado una posición jurídica amplia a favor de defensa de la vida desde la concepción, lo que significa que el margen de apreciación concedido a la protección jurídica de la persona se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual el Estado especifica los alcances de esa protección jurídica con un criterio unificador a través de la legislación nacional.

10.2.- Téngase presente que nuestro Sistema Americano de Derechos Humanos, no cuenta como el Sistema Europeo, de un Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, conocido como el “Convenio de Oviedo”, el cual fue adoptado en el marco del Consejo de Europa, y que expresamente establece:

“Artículo 18. *Experimentación con embriones in vitro*:

1. *Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.*

2. *Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”.*

Sin embargo, el citado art. 57 del Código Civil y Comercial ha establecido límites jurídicos claros, con directas consecuencias científicas sobre la manipulación de los embriones.

10.3.- Por tanto, si la legislación de fondo (Ley 26.689 y normas reglamentarias y complementarias) promueve el desarrollo de estrategias de diagnóstico prenatal congénitas, la necesidad de especificar el estatus jurídico del embrión no implantado es impostergable.

11.- La solución del caso

11.1.- La parte actora, en el segundo aspecto de la pretensión deducida en esta acción de amparo, pretende que se ordene el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana y se designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por su padres y en situación de riesgo inminente de muerte, en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en la Provincia de Córdoba y los tengan criopreservados en la actualidad, previo censo. La pretensión así incoada no puede ser acogida, sin contar con la previa sanción de una ley que regule, entre otros aspectos, las acciones que propicia la amparista en el objeto de su pretensión.

11.2.- En este sentido, la ausencia de legislación que regule los aspectos jurídicos que se derivan de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son puestos de relieve incluso por quienes sostienen

que los gametos son considerados como un material biológico separado del cuerpo humano, desde que los interrogantes que surgen desde el Derecho se orientan hacia la cuestión relacionada con su apropiabilidad y su disponibilidad, lo que comprende la donación de embriones y el cese de su criopreservación, con directas implicancias éticas, morales, y más allá de las propias instrucciones de cada religión.

Además, desde que los gametos constituyen un soporte de información genética, también se abre un cúmulo de aspectos jurídicos a regular como son la protección de datos personales, los que deben adecuarse a la normativa vigente que los tutela hasta tanto se regulen sus especificaciones para la TRHA.

En suma, si la sociedad argentina quiere debatir sobre “categorías de vida humana” como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA”, Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, existe un espacio institucional creado y reservado por la Constitución Nacional, cual es el Congreso de la Nación y los Poderes Legislativos Provinciales, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites de sus exclusivas jurisdicciones.

Hasta tanto ello no acontezca, la hermenéutica judicial está condicionada por la norma jurídica vigente contenida en el art. 19 del C.C. y C., en el bloque de constitucionalidad (art. 31 y 75 inc. 22 de la C.N.) y, por sobre todo, en la búsqueda de soluciones justas para los casos concretos que se presenten, con un sentido *pro homine*.

11.3.- El tema es tan complejo y de tanta o máxima sensibilidad que destacada doctrina de nuestra provincia ha puesto de relieve que “...*Más importante que especificar qué dice cada una de estas teorías [la teoría de la fecundación, la de la anidación, la de la aparición de la cresta neuronal, la teoría gradualista], nos parece relevante poner de resalto que, el debate acerca de cuándo comienza la vida humana, en lugar de acercar a los participantes a una zona común, en donde se puedan encontrar verdades para todos, polariza las posiciones cada vez más*” (LLOVERAS, Nora y SAPENA, Josefina, “El Diagnóstico Genético Preimplantacional”, *Publicación Cuatrimestral del Máster de Bioética y Derecho, Revista de Bioética y Derecho*, Número 18, enero 2012, pág. 10).

Como se afirma en ese ensayo “*Es necesario seguir reflexionando, a fin de no poner obstáculos al progreso científico, pero sin perder de vista nuestros objetivos finales como humanidad: preservar la vida, la dignidad, la igualdad, de los seres humanos, entre otros principios fundamentales*”.

Nuestra sociedad ha sido recientemente testigo de los intensos debates, algunos fuertemente radicalizados, con motivo del tratamiento del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Todo lo cual pone en evidencia la necesidad de reconocer el espacio de reserva de cada Poder del Estado en la toma de decisiones que hacen a sus atribuciones.

12.- Exhortación

A la luz de las consideraciones que anteceden, estimo que la acción de amparo debe proceder solamente con el alcance de exhortar a las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y, por su intermedio, a los legisladores provinciales y nacionales que invisten la representación democrática del pueblo de la Provincia de Córdoba, a promover el debate democrático y participativo para alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos y de las implicancias jurídicas del desarrollo científico de la TRHA.

La proyección del principio de primacía del ser humano en el ejercicio de la ponderación que implica una toma de decisión de naturaleza judicial, sugiere asimismo exhortar a quienes practican las TRHA, a preservar los gametos, hasta tanto existan reglas jurídicas claras que brinden certeza y seguridad jurídica para quienes se someten voluntariamente y con su libre consentimiento a esas intervenciones terapéuticas.

Esta decisión armoniza claramente con uno de los elementos distintivos más esenciales de este proceso constitucional desde el momento mismo de su creación pretoriana, cual es el carácter preventivo de la acción de amparo, el que se hace operativo en el caso bajo análisis cuando es de público y notorio que desde las Sociedades Médico Científicas Especializadas (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) se divulgan modelos de Consentimiento Informado con la alternativa del “descarte de embriones” lo que traduce la existencia de un genuino y paradigmático “caso judicial por omisión

legislativa”, lo que evidencia la existencia actual e impostergable de exhortar consensos legislativos en temas directamente vinculados a la “vida humana” y su “dignidad”.

13.- Costas: Se imponen por el orden causado atento la naturaleza de las cuestiones planteadas y lo novedoso del asunto (arts. 14 y 17 de la Ley 4915 y art. 130 del C.P.C.C. aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182).

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO FABIÁN MASSIMINO DIJO:

I.- Doy por reproducida la relación de causa efectuada por el Sr. Vocal de primer voto, a la cual remito por razones de brevedad.

II.- En el sub lite, los representantes de Portal de Belén Asociación sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida “Fecundart” y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como “Diagnóstico Genético de Preimplantación” (DGP) y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación.

También requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.).

III. En relación a la cuestión así planteada, los Sres. Vocales preopinantes coinciden en que la primera pretensión de la actora (el cese de la práctica de Diagnóstico Genético Preimplantatorio –DGP-), es improcedente por las razones que exponen. En cuanto a la segunda pretensión esgrimida por la actora (el cese de toda práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la persona humana), también coinciden en que en nuestro sistema existe un vacío legal relacionado a algunos aspectos vinculados al TRHA y al DGP, que debe ser cubierto por otros poderes del Estado.

Sin embargo, divergen respecto de los alcances de la decisión a adoptar en el sub lite: mientras el Sr. Vocal de primer voto propone no hacer lugar a la acción de amparo deducida por la actora, la Sra. Vocal de segundo voto propicia hacer lugar a la acción con el único alcance de exhortar a las autoridades para que promuevan el debate sobre el tema y *“...al alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos...”* y a FECUNDART a no descartar los embriones criopreservados *“...hasta tanto existan reglas claras que brinden certeza y seguridad jurídica...”*.

La diferencia de opiniones radica en el desenlace propuesto y estriba, en prieta síntesis, en que el Sr. Vocal de primer voto no hace lugar a la acción pues considera que *“... tratándose de una práctica no prohibida por el derecho vigente, en las actuales condiciones requieren de una evaluación cuidadosa, de mayor debate y prueba, que debido a la complejidad de la cuestión, excede el marco excepcional y expedito de la presente acción de amparo... En otras palabras, no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego...”*. En cambio, la Sra. Vocal de segundo voto - que también considera que *“... si la sociedad argentina quiere debatir sobre “categorías de vida humana”..., existe un espacio institucional creado y reservado por la Constitución Nacional, cual es el Congreso de la Nación y los Poderes Legislativos Provinciales ...-, postula que “... Hasta tanto ello no acontezca, la hermenéutica judicial está condicionada por la norma jurídica vigente contenida por el art. 19 del C.C. y C. en el bloque de constitucionalidad (art. 31 y 75 inc. 22 de la C.N.) y, por sobre todo, en la búsqueda de soluciones justas para los casos concretos que se presenten, con un sentido pro homine”*.

IV. En tal estado, estimo relevante expresar, en primer lugar, mi coincidencia con los argumentos y conclusión a la que arriban mis colegas en orden a la falta de legitimación activa y pasiva desarrollada por la

Provincia en su informe; como así también en cuanto al análisis que efectúan a cerca de la procedencia de la pretensión actora y su oposición, tanto por la Provincia como por cuanto de Fecundart.

Ello así, reitero, por estar de acuerdo con los argumentos que expuestos en cada caso y a los que remito por razones de brevedad.

Específicamente, considero que el reconocimiento de la legitimación de la actora el sub lite resulta inobjetable dada la magnitud de los derechos fundamentales controvertidos y teniendo en cuenta que, además de su corte procesal (*ad causam*), el concepto tiene detrás de sí un “*subsuelo constitucional del cual aquél debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal*” (vid. Verbic, Francisco; Procesos colectivos, Astrea, Bs. As., 2007, p. 79.). En otras palabras, “...sin desatender las particularidades de cada causa como se verá infra, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia -y, por ello mismo, de pertenencia difusa-, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas. En ese entendimiento, insisto, los reparos formulados en torno a la legitimación de la actora no resultan procedentes...” (cfr. Sentencia N° 24/18 recaída in re “Portal de Belén, Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba- Amparo- Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, segundo voto).

Por su parte, en cuanto a la primer pretensión de la amparista – el cese inmediato del DGP-, no procede pues dicha práctica no se encuentra prohibida, salvo cuando pueda producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57. C.C.C.), tal como analiza en detalle la Sra. Vocal preopinante en el punto 7. de su voto.

La segunda pretensión de la actora; esto es, la protección jurídica del embrión no implantado, según quedó establecido, no puede ser acogida, sin contar con la previa sanción de una ley que regule los distintos aspectos involucrados en la cuestión.

En ese contexto y en referencia concreta a la diferencia suscitada, coincido con el desenlace propuesto para el sub lite por el Sr. Vocal de primer voto toda vez que, a mi modo de ver, el no acogimiento de la acción impetrada resulta de una derivación lógica de los argumentos expuestos y los antecedentes obrantes de la causa.

V. En efecto, en la tarea de examinar la temática de que se trata, es dable recordar que, tal como puntualizó esta Cámara in re “*Alvarez, Ana Carolina c/ Apress. Amparo 4915*”, ratificado el TSJ mediante Auto n° 239 del 29/11/16, – entre otros-, es bien conocida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos vinculados a la salud reproductiva (C.S.J.N. in re “*L.E.H. y otros /O.S.E.P. s /amparo*” del 01/09/2015), en cuanto a que, de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 322:215; 325:11 entre muchos otros).

También dijo la Corte Suprema en ese caso “...10) *Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros)*”. Consecuentemente, es deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego, sin que corresponda a los jueces sustituirlos en esa tarea. Por cierto, ello debe hacerse, teniendo en consideración los aportes del conocimiento científico, respetando los principios fundamentales de la sociedad democrática, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y establecer el comienzo de la persona, y el tratamiento del embrión no implantado.

VI. Por otra parte y con referencia a la exhortación que se propicia y su fundamento, advierto que la accionante inicia la presente acción con cita de los dichos de la demandada en el diario "La Nueva Mañana", 02/05/17 (fs. 28) que dice: *"Se criopreserva el embrión en espera del resultado de la biopsia embrionaria, se descartan los embriones que van a ser abortados, se prepara el útero de la mujer para hacer después la transferencia de los embriones viables". "Hoy tenemos más de 200 embriones de padres que no volvieron nunca a buscarlos, a la espera de que se legisle en esta materia"*.

El matutino aludido por la actora agrega que un problema común a todas las instituciones de fertilización es la disposición de los embriones que se van acumulando, que sobran de otros tratamientos, y no pueden ser tocados sin la autorización del padre y de la madre. De allí que, explicó Pérez Alzaa, según la cita, que *"los cientos de embriones que son viables y son abandonados por sus padres, no pueden ser utilizados, donados, ni descartados"*.

También se dijo en el diario "La Nación", 08/08/17 (fs. 90/94) que: *"Con los embriones no implantados no podemos hacer nada hasta que la legislación autorice a donarlos o descartarlos"*.

En el artículo publicado en Infobae (02/05/17), el médico explicó que cuando un embrión muestra una anomalía y la madre se niega a su implantación, el mismo no puede ser descartado ya que el Código Civil sostiene que *"la existencia de la persona humana comienza con la concepción"*. Por eso, *cientos de embriones que son creados a partir de fecundaciones in vitro no pueden ser descartados ni donados* "Los tenemos guardados hasta que aparezca una legislación para utilizarlos en otra investigación o descartarlo. En Fecundart tenemos más de 200...".

Como vemos, los dichos de Fecundart y que la propia actora emplea como sustento de la demanda evidencian que la técnica empleada comprende la preservación de los embriones razón por la cual la exhortación cursada devendría inane e ineficaz en consideración de los argumentos que la sustentan.

VII. Como corolario de lo anterior, cabe recordar que en la presente causa en la que se pretende genéricamente, por vía de amparo, *"...se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como "Diagnóstico Genético de Preimplantación" (DGP) (...) También requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas..."*, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el "caso" tiene una configuración típica diferente según la categoría de derecho de que se trate, - sea de derechos individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos-, *"... siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible..."*. (vid. Fallos 332:111 y conscs.).

Dicho recaudo dista de ser satisfecho en el sub examine si se considera que, una vez analizados los aspectos convencionales y legales referenciados en los votos precedentes, no hay mención alguna respecto de afectación actual o amenaza de una lesión futura causalmente previsible. Desde esta perspectiva, el presente pronunciamiento no importa soslayar la intervención del tribunal de verificarse una afectación en los términos requeridos por el

Jurisprudencia citada.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. HUMBERTO SANCHEZ GAVIER DIJO:

Corresponde:

I.- No hacer lugar a la acción de amparo deducida en autos por Portal de Belén Asociación Civil.

II.- Imponer las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes

para cuando se determine el monto del juicio.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA INÉS DEL CARMEN ORTIZ DE GALLARDO DIJO:

Corresponde:

I.- Hacer lugar a la acción de amparo presentada por “Portal de Belén” Asociación Civil sin Fines de Lucro, con los siguientes alcances:

1) Exhortar a las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y, por su intermedio, a los legisladores provinciales y nacionales que invisten la representación democrática del pueblo de la Provincia de Córdoba, a promover el debate democrático y participativo para alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos y de las implicancias jurídicas del desarrollo científico de las TRHA.

2) Exhortar a la Clínica de Fecundación Asistida FECUNTART a no descartar los embriones criopreservados, hasta tanto existan reglas jurídicas claras que brinden certeza y seguridad jurídica para quienes se someten voluntariamente y con su libre consentimiento a esas intervenciones terapéuticas.

II.- Imponer las costas por el orden causado.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO FABIÁN MASSIMINO DIJO:

Por las razones expuestas, adhiero al desenlace que propone el Sr. Vocal de primer voto; razón por la cual me pronuncio en igual sentido. Por ello, normas legales citadas y por mayoría

SE RESUELVE:

I.- No hacer lugar a la acción de amparo deducida en autos por Portal de Belén Asociación Civil.

II.- Imponer las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando se determine el monto del juicio.

Protocolícese y hágase saber.-
