

**ASPECTOS NOVEDOSOS DE LA PROTECCIÓN
DE LA SALUD Y LA VIDA.
A PROPÓSITO DEL CASO “... Y OTRA
C/ IOMA Y OTRA S/AMPARO”**

*Rodolfo Nicolás Zavaley
Federico Robledo (h)*

Sumario: 1. Introducción; 2. Los Hechos del caso; 3. Argumentos de las Partes; 4. Derechos Constitucionales en Conflicto; 5. Análisis de la Sentencia; 5.1. *Holding*: cobertura del tratamiento de fertilización asistida; 5.2. *Obiter Dictum*: lo embriones no utilizados; 6. Valoración del Rol del Juez; 7. Conclusiones; Bibliografía

1. Introducción

Ronald Dworkin sostiene que existen dos tipos de casos: los fáciles y los difíciles.

Los *casos fáciles* son aquellos en los que solución surge de la literalidad de los textos normativos preconstituidos y de la existencia de evidencia incontrovertible acerca de los hechos.

Los *casos difíciles*, en cambio, son aquellos en los que las circunstancias sugieren varias soluciones “diferentes”, a veces “contradictorias”, y el ordenamiento no es claro en señalar la que debe seguirse para el caso; o aquellos

¹ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel, “Ponderación y Casos Difíciles en materia constitucional” en acervo virtual de la Universidad de San Agustín, www.unsa.edu.pe/escuelas/de_rev_derecho/REVISTA05/art4.pdf (20-05-09)

en los que la respuesta fuese clara pero moralmente inaceptable o contraria con algún otro valor fundamental.¹

El caso "... y otra c/IOMA y otra s/Amparo"² es un prototípico caso difícil, en el que los magistrados se enfrentan a dos cuestiones de cardinal importancia: el *holding*³ (cuestión central), que versa sobre el reconocimiento de la cobertura económica por parte de las Mutuales que prestan servicios de medicina prepaga y las Obras Sociales del tratamiento de fecundación asistida para la implantación de un embrión histocompatible con su hermano discapacitado y que permita curar dicha disminución psicofísica; y el *obiter dictum* (cuestión lateral), que aborda la compleja disyuntiva del tratamiento jurídico que se le debe dispensar a los futuros embriones no implantados en el seno materno. Se ha dicho, sobre este último punto, que el fallo "*constituye un valioso aporte a uno de los temas más arduos y que más debates ha originado a raíz de los incesantes avances de la biogenética moderna, la cual - en el siglo que corre- no tiene miras de detener su evolución*"⁴.

2. Los hechos del caso

Los padres de un menor de edad discapacitado que padece una enfermedad granulomatosa crónica promovieron una acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) y la Obra Asistencial Mutual para Agentes Municipales (OAM)⁵, a fin de que cubran los costos que requiere la realización de un tratamiento de fertilización asistida para que una pareja pueda concebir un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo y permita su cura por vía de un trasplante de las células progenitoras.

En primera instancia, el juez condena solidariamente a I.O.M.A. y O.A.M. a cubrir el 100% de los tratamientos necesarios, a través de un procedimiento

² Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata "... y otra c/IOMA y otra s/Amparo" (29/12/08)

³ El "*holding*" constituye la respuesta a la cuestión central y el razonamiento seguido por la Corte para su decisión. Cfr. ETCHICHURRY, Horacio Javier, "Por un Método Crítico de Casos" en ROSSETTI, Andrés y ALVAREZ, Magdalena (Compiladores), *Derecho a la Vida. Un análisis desde el Método de Casos*, Advocatus, Córdoba, 2005, pág. 55.

⁴ NALLAR, Florencia, "Destino de los Embriones Crioconservados" en *La Ley* 13-03-09, 6.

que permita seleccionar un embrión histoidéntico al hijo discapacitado y no portador de la enfermedad granulomatosa crónica. Asimismo, dispone que frente a la existencia de embriones sobrantes deberá garantizarse su condición, dejando al criterio deontológico del profesional tratante, previo acuerdo con los padres, el destino de los mismos.

Ambos codemandados apelaron. La parte actora no contestó los recursos.

En segunda instancia, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata por mayoría resuelve confirmar parcialmente el fallo del *a quo*, proponiendo una nueva solución respecto al *obiter dictum* -los futuros embriones restantes-: a) el respeto a su condición humana, expresado en el consentimiento informado que oportunamente firmen los padres; b) deber de los profesionales de proceder rápidamente a la crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad e integridad; c) se decreta la medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras formas de manipulación genética y su descarte o destrucción; d) toda medida que se tome respecto a los embriones deberá contar con la autorización expresa de la autoridad judicial, previa intervención del curador designado y del Ministerio Público. Asimismo, ordena librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno al tema del destino de los embriones “sobrantes” de las técnicas de fertilización asistida, en los términos del art. 2 del Código Civil, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente.

Este fallo se encuentra firme.

3. Agravios y Argumentos de las Partes

A los efectos de analizar el caso, relevaremos los fundamentos de las pretensiones de las partes.

3.1. Niño discapacitado, representado por sus padres (actor)

El argumento basal sobre el cual se traza la línea argumental de la parte actora constituye el derecho a la salud y a la vida del “menor” “discapacitado”, que debe resguardarse removiendo el obstáculo económico de la cobertura,

para poder llevar adelante la alternativa científica que permitirá la gestación de un hermano histocompatible y con él, su cura.

3.2. O.A.M. (demandada)

a) La mutuales no se encuentran comprendidas en el Régimen de la Ley 24.754

La demandada sostiene que no le corresponde cubrir las prestaciones solicitadas, porque es una mutual y no una obra social ni una empresa de medicina prepaga, razón por la cual, no estaría comprendida en el Régimen de la Ley 24.754⁶, correspondiendo al Estado atender la situación del caso.

b) No inclusión de dicha cobertura en la cartilla de prestaciones y conocimiento de ello por parte del actor.

Los afiliados conocían de antemano cuáles eran las prestaciones cubiertas, entre las cuales no se encontraba la reclamada en autos.

c) Consecuencias económico fatalistas

Si el Poder Judicial ordena la cobertura de las prestaciones, la O.A.M. se verá obligada a aumentar las cuotas a sus afiliados, que presumiblemente saldrían del sistema mutual, privando a su vez de ingresos a la entidad que finalizaría cerrando sus puertas.

3.3. I.O.M.A. (demandada)

a) Afectación del derecho a la vida de los embriones no histocompatibles

El fallo del *a quo* obliga al descarte de embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente indica que ello es incons-

⁵ El Juez Ferro, en su voto, disiente de los otros dos magistrados que integran la Cámara precisando que OAM no había sido demandada por los actores interesados.

⁶ La Ley N° 24.754 (B.O., 1/4/1997) prescribe en su art. 1 que “*las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones.*”

titucional y también contrario a los arts. 63⁷ y 70⁸ del Código Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones.

b) Tratamientos experimentales

El art. 41 del decreto 7881/84 establece que el I.O.M.A. no debe reconocer honorarios por tratamientos que se hallen en estado experimental.

c) Alternativas terapéuticas

Debió valorarse otra alternativa terapéutica, en especial la posibilidad de obtener células progenitoras hematopoyéticas mediante el INCUCAI y el sistema regulado por la ley 25.392 y la Resolución 309/07.

d) El ordenamiento jurídico no establece el derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal

e) Invasión de Poderes

Este argumento guarda una relación de conexidad con el anterior. El Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud.

4. Derechos Constitucionales en Juego

En el caso bajo análisis se encuentran en juego los siguientes derechos constitucionales.

4.1. Derecho a la Vida y la Salud

El planteo del juzgador comienza con la invocación y definición de los derechos a la salud y vida -estrechamente vinculados- ubicándolos en el cen-

⁷ Código Civil, Art. 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.”

⁸ Código Civil, Art. 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.”

tro de la discusión de autos. Siguiendo el análisis de Krasnow, encontramos que en el caso el derecho a la vida se manifiesta como:

a) Derecho a la vida del hijo discapacitado: los padres en calidad de representantes legales buscan preservar su vida, recurriendo a la justicia con el propósito de acceder a un tratamiento médico capaz de contribuir con la cura de la enfermedad que condiciona la vida. El supuesto encuadra en una decisión reproductiva tomada por los padres antes de la concepción.

b) Derecho a la vida de la persona por nacer: en el caso que se concrete la gestación de un embrión estamos frente a una vida nueva, cuya existencia comienza desde el instante mismo de la concepción dentro o fuera del seno materno.

c) Derecho a la vida de los embriones no implantados: si como consecuencia de la selección del embrión histocompatible para el trasplante quedan embriones sin implantar, como se desprende del fallo de Cámara, surge la necesidad de arbitrar los medios que permitan conservar su vitalidad e integridad. En este ámbito nos encontramos con vidas humanas impedidas de completar el proceso vital.⁹

4.2. Consentimiento Informado

El Consentimiento Informado (CI), ha sido definido como la declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como medicamento aconsejable, éste decide prestar su conformidad para someterse a dicho tratamiento.¹⁰ Entendemos que éste encuentra soporte axial en Principio de Autonomía del Paciente e importa un derecho fundamental con rango constitucional y asiento normativo en el art. 19 de la Constitución Nacional y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹.

⁹ KRASNOW, Adriana N., "Procreación humana asistida. Crear una vida para salvar otra vida" en LLBA2009 (abril), 251.

¹⁰ Cfr. HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra, *La Relación Médico Paciente: El Consentimiento informado*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 1.

¹¹ Ver ORTEGA, José Emilio y ROBLEDO, Federico, "Consentimiento Informado" en ORTEGA, José Emilio (Director) y ZAVALLEY, Rodolfo Nicolás (Co-Director), *Práctica Jurídica de la*

En el caso de autos, asume un cariz especial a tenor de que quien debe emitirlo es un niño que además es discapacitado, razón por la cual se viste de “asentimiento” de su protagonista combinado con el consentimiento de los padres a someter a éste último al tratamiento por el cual se origina este proceso.

4.3. Derecho a la procreación y a la procreación asistida

Según la prestigiosa *Harvard Law Review*, el reconocimiento al “derecho constitucional a la procreación asistida” constituye uno de los temas más acuciantes en el derecho norteamericano actual. La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha tenido oportunidad de pronunciarse aún sobre el caso. No obstante, en el caso “*Skinner v. Oklahoma*” (316 U.S. 535 -1942) ha reconocido el “derecho fundamental a la procreación”. Para algunos autores, *Skinner* podría leerse de manera tal que se generalice la regla sentada, considerando que el derecho a la procreación incluye la libertad fundamental de elección del método de procreación.¹²

En el caso *sub examine* los magistrados ponen el acento en el derecho a la salud del menor y no en el derecho a la procreación asistida, optando por lo expedirse sobre este tema, consideramos que el planteo subyace en el fallo y encuentra en él un precedente.

4.4. Interés Superior del niño

El Interés Superior del Niño constituye uno de los ejes sobre los cuales gira la argumentación del fallo. Cabe reparar, que ha sido definido como una pauta axiológica insoslayable prescripta por la Convención de los derechos del Niño,¹³ que busca garantizar la máxima satisfacción de los derechos y garan-

Salud Pública, Colección Sanitaria Vol. 1, Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2008.

¹² “Assessing the viability of substantive due process right to in vitro fertilization” en *Harvard Law Review*, Vol 118, N° 8, The Harvard Law Review Association, EEUU, 2005, pág. 2800.

¹³ Convención de los Derechos del Niño, art. 31: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

tías de los niños.¹⁴ Con el mismo temperamento, se ha señalado que constituye instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social y sirve de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.¹⁵

4.5. Derecho a la salud desde la óptica de su sistema de protección

El sistema de protección de la salud está contemplado en una serie de subsectores: a) el estatal propiamente dicho; b) las Obras Sociales; c) las mutualidades dependientes de los colegios profesionales, entes asociativos creados a tal fin y d) las empresas de medicina prepaga.

En el caso *sub examine* se invoca el fin social que tienen las Obras Sociales y Mutuales, en virtud del cual su actividad trasciende las fronteras de lo comercial, y puede fundamentar la exigencia de cubrir prestaciones no previstas o, al menos, de previsión controvertida.

5. Análisis de la Sentencia

La Sentencia de la Cámara se compone por tres votos. Existe una mayoría resolutive en cuanto a la condenabilidad de O.A.M., integrada por los Jueces Tazza y Comparato. Existe una mayoría resolutive y argumentativa - aunque con algunas diferencias- compuesta por los Jueces Tazza y Ferro en relación a la solución a tomar respecto de los embriones no utilizados.

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A.M.S.” (26/03/08)

¹⁵ Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca - , 2008.

5.1. Holding: cobertura del tratamiento de fertilización asistida

La cuestión central del caso consiste en la cobertura económica del tratamiento de fertilización asistida que la parte actora reclama a OAM y IOMA.

Los Jueces Tazza y Ferro, en sus votos, fundamentan su decisión en base a los siguientes argumentos, que han sido elaborados en correlación con los agravios de las demandadas.

a) El Derecho a la Salud como mandato de optimización

La arquitectura argumental de los camaristas comienza, en el Voto de Tazza, con la apropiación de una cita de la Corte, en la que se vincula al Derecho a la Salud con el Derecho a la Vida -máxime cuando median enfermedades graves-. A renglón seguido destaca su deber de buscar una solución que satisfaga de mejor manera posible el derecho a la salud del niño discapacitado que ampara.

Debe prestarse especial atención a la toma de posición que realiza el Juez respecto al derecho precitado, concibiéndolo como un principio mas que como una regla de estructura condicional hipotética (aunque no utilice dicha terminología).

Los principios, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.¹⁶ Con esta tesitura, el magistrado buscará la mayor satisfacción posible del derecho a la salud del niño discapacitado accionante, del futuro embrión a implantarse en el seno materno y de los futuros embriones no utilizados.

b) Inclusión de la OAM al Régimen de la Ley 24.754

En aras de confirmar la decisión del *a quo* respecto del deber de la OAM de cubrir, solidariamente con IOMA, el tratamiento solicitado, el Juez Tazza realiza un razonamiento que, si bien está enderezado teleológicamente por la

¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción a cargo de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 86 y 87.

noble convicción de afianzar la justicia y tutelar el derecho a la vida, resulta, a nuestro criterio, técnicamente perfectible.

En primer lugar, señala que, conforme la ley 24.754 “*las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455*”. Seguidamente, sostiene que “*si la accionada fuera considerada una entidad que presta servicios de medicina prepaga (o asimilada a ella por vía de la analogía), debería ser condenada*”. Finalmente colige que, puesto que la OAM brinda servicios de medicina prepaga queda comprendida en el régimen de la ley 24.754 y, consecuentemente, debe responder.

En los términos enunciados la conclusión nos parece infundada. Al respecto, consideramos que el hecho de que la mutual sea equiparada a una Entidad de Medicina Prepaga (E.M.P.) le impone la obligación de cubrir las prestaciones mínimas para la Obras Sociales, que son las previstas expresamente en el Programa Médico Obligatorio (PMO).¹⁷ Sin embargo, habrá que verificar que la prestación solicitada se encuentra contemplada en el nomenclador de dicho programa, para exigir su cobertura.

En suma, para ver si corresponde o no la cobertura del tratamiento de fecundación artificial, debería:

a) acreditar que la OAM presta servicios de medicina prepaga y, por tanto, queda comprendida por la Ley 24.754, lo cual el juzgador realiza acabadamente,

b) constatar que el tratamiento de fecundación artificial se encuentra comprendido en el PMO, lo cual no es analizado por el magistrado.

Aplicando las reglas contenidas en las normas referenciadas, en caso de no verificarse este último requisito, en principio, no correspondería la cobertura por parte de la OAM, aún cuando se hubiera equiparado a una EMP y dentro del ámbito de la ley 24.754.

La cadena de razonamientos se estructura en dos silogismos:

En primer lugar

¹⁷ Cfr. MICAELLI, Juan Fernando y ROBLEDO, Federico, “Entidades y Contratos de Medicina Prepaga” en ORTEGA, José Emilio (Director) y ZAVALLEY, Rodolfo Nicolás (Co-Director), *Práctica Jurídica de la Salud Pública*, Colección Sanitaria Vol. 1, Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Córdoba, pág. 90.

M1 Las Entidades que prestan servicios de medicina prepaga y las equiparadas, deben cubrir como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales (Ley 24.754)

m1 La OAM presta servicios de medicina prepaga

R1 La OAM debe cubrir como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales

En segundo lugar

M2 La OAM está obligada a cubrir las prestaciones indicadas en el PMO

m2 La fertilización asistida está prevista en el PMO

R2 La OAM debe cubrir el tratamiento de fertilización asistida que se reclama

El magistrado fusiona los dos silogismos, tomando las premisas mayor y menor del primer silogismo para concluir en el resultado del segundo. Ello pone en evidencia que la conclusión, en los términos argumentados, no es formalmente verdadera.

En cuanto a la equiparación de la mutual a las Entidades de Medicina Prepagas, consideramos de importancia superlativa, analizar dos cuestiones, cuya solución adherimos con el voto de Tazza: a) que tipo de EMP es a la que se equipara, b) cuáles son los presupuestos que las tipifican.

En cuanto al primer punto, el magistrado advierte que las prestaciones de las EMP no pueden ser reducidas a un negocio, sino que persigue un fin social. Compartimos dicha conclusión, que ya ha sido fijada por la Corte en numerosos casos (“*Etcheverry*”; “*Cambiaso Perez Nealón*”)

En cuanto al segundo punto, debe ponerse de resalto que el magistrado va mucho más allá del ropaje jurídico de la mutual y sus reglamentos, analizando su funcionamiento conforme a las siguientes pautas fijadas por Lorenzetti, que fueron adoptados por la Corte en el caso “*C.C. V. Sociedad de Autores y Compositores de Música*” (01.04.08).¹⁸ Acreditados los presupuestos tipificantes, colige que la mutual queda comprendida en el régimen de las EMP y Obras Sociales.

¹⁸ Ver MICAELLI, Juan Fernando y ROBLED, Federico, ob. cit., pág. 97.

El segundo agravio del accionado -la prestación no está incluida en al cartilla y el actor lo conocía *ab initio*- pierde fuerza cuando se equipara la mutual a una prepaga, puesto que, aunque no esté pactada, si legalmente resulta exigible por estar incluida en el PMO, la OAM está obligada a su cobertura

c) Argumento de no acreditación del perjuicio económico de la Mutual

Al argumento consecuencialista de la accionada de que la apertura del menú de prestaciones contractualmente convenidas al tratamiento de fertilización asistida, provocaría el aumento de cuotas, pérdida de afiliados y a la postre el cierre de la mutual, el juez Ferro lo califica como absurdo y el juez Tazza lo rechaza por entender que no se encuentra acreditado el presupuesto fáctico que da sustento al mismo.¹⁹

Cabe preguntarnos que hubiera pasado si la Mutual hubiese probado el daño económico. Aclarando que cualquier conclusión a la que pudiéramos inferir sería tan sólo hipotética, nos aventuramos a sostener que aún, median-do prueba del daño se hubiera fallado en el mismo sentido. Los dos argumen-tos que el juez expone en el fallo y podría gravitar en este caso, sería la fun-ción social de las EMP y la finalidad del tratamiento de fertilización asistida.

d) Argumento finalista: protección de la salud del niño discapacitado

El camarista Tazza, al momento de valorar los derechos constitucionales en juego, pone el acento en el derecho a la salud y a la vida del niño discapacitado, manifestando expresamente que no está en juego el derecho a la concepción por medio de asistencia artificial, al cual nos referimos *supra*..

Se reconoce la cobertura económica del tratamiento fundándose en el derecho a la salud del niño discapacitado y su interés superior y no en el derecho de los padres a la procreación. En concreto, dice el Juez Tazza que *“no se trata (...) de un matrimonio que sólo tiene deseos de concebir para satisfacer la expectativa paternal, sino de encontrar una alternativa humanamente viable para poder eliminar las gravísimas secuelas de enfermedad que padece su otro hijo ya nacido”* (consid. III in fine)

¹⁹ “En concreto - apunta el Juez Tazza- no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad económica para hacer frente a la prestación reclamada por la parte actora”.

La procreación asistida no es encuadrada como un derecho en sí, sino como una medida necesaria para satisfacer el derecho a la salud del menor discapacitado.

Su argumento se basa en la finalidad del niño a concebir. Es jurídicamente relevante ponderar la finalidad del acto.

Utiliza ese valor para abrir la norma y hacerlo responder.

e) Argumento de la vulnerabilidad del menor y las Affirmative Actions

El juez Tazza recurre a precedentes jurisprudenciales, como cimientos pretorianos para justificar la importancia cardinal que tiene en el caso valorar la especial situación de vulnerabilidad y situación desventajada en que se encuentra el actor, en virtud de ser un “niño” “discapacitado” y “gravemente enfermo”. Dicha definición comulga con el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional que, al momento de regular la igualdad real de oportunidades, califica a las mujeres, niños, ancianos y discapacitados como grupos vulnerables que requieren protección especial y acciones positivas del estado dirigidas a promover y facilitar el goce efectivo de sus derechos.

El voto no lo dice expresamente pero pareciera direccional la sentencia como una medida de acción positiva a favor del derecho del menor²⁰.

5.2. *Obiter Dictum. Los embriones no utilizados*

Quizás lo más novedoso e importante del fallo, no radica en la cuestión central de la pretensión sino en la compleja problemática de los futuros embriones no implantados en la fecundación in vitro, que el camarista opinante escudriña con notable capacidad técnica, apartándose de lo resuelto por el *a quo*.

La Fecundación In Vitro, constituye, al decir de Cafferata y Rezzónico, una técnica de procreación artificial en la cual se recogen esperma

²⁰ Bidart Campos explica que la Corte muchas veces a utilizado sus sentencias como medidas de acción positiva, aún cuando el art. 75 inc. 23 pone en cabeza del Poder Legislativo Nacional esta competencia y deber. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. “Las prestidigitaciones del mago y la galera de la Corte” en acervo virtual del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la UNR, www.circulodoxa.org/.../Circulo%20Doxa%20-%20Mago.pdf (05-07-09).

(espermatozoides) y óvulos²¹, que después se ponen de contacto en una probeta.²²

Cabe poner de resalto que la fecundación *in vitro* en sí no es inconstitucional pero en cambio si podría serlo determinados usos que se hagan con los embriones no implantados así como también su descarte o muerte.²³

Retomando el planteo introductorio, debemos recordar que nos encontramos ante una materia frente al cual existe un vacío legislativo.

Frente a esta laguna, la Cámara Federal y el Juzgado de primera instancia proponen dos soluciones diferentes en torno a los embriones no utilizados, que pueden graficarse en el siguiente cuadro:

Solución respecto de los embriones no implantados	
Juez de 1ª Instancia	Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata
deber de garantizar el respeto de la condición humana de los embriones sobrantes	
<i>No propone solución concreta</i>	<i>Propone solución provisoria</i>
- Deja a criterio deontológico del médico, previo acuerdo con los padres, el destino de los embriones.	- Crioconservación de los embriones - Prohibición de destrucción o descarte - Prohibición de utilizarlos con fines experimentales, clonación o manipulación genética - Nombramiento de un curador de los embriones - Toda medida que se tome respecto a los embriones debe contar con la autorización expresa de la autoridad judicial, previa intervención del curador designado y del Ministerio Público. - Posibilidad de Adopción Prenatal
	<i>Propone criterios para una solución definitiva</i>
	Oficia al Ministerio de Justicia para que presente un proyecto de ley que reconozca el derecho al embrión y cubra el vacío normativo

El juez Tazza realiza una correcta aplicación del Bloque de Constitucionalidad Federal para construir una respuesta pretoriana al caso, que busca atender el derecho a la vida de los embriones no utilizados y superar la ausencia de legislación en la materia.

El indicando sostiene que, más allá de la discusión científica y filosófica de cuando comienza la vida (en la cual manifiesta que no ingresará), a la luz de nuestro bloque de constitucionalidad federal y leyes de fondo, la protección constitucional y jurídica de la vida comienza en el momento de la concepción. A partir de ese momento, concluye, existe una persona que titulariza derechos fundamentales y merece tutela.²⁴

En cuanto al destino de los embriones no implantado, ponemos de relieve junto con Krasnow²⁵ que el magistrado acepta la criopreservación y comparte la idea de recurrir a la adopción prenatal cuando los padres biológicos deciden no proceder al implante. En igual sentido, emiten sus votos los otros dos camaristas, con la salvedad de que el Juez Ferro acepta (en sus considerandos pero no en la parte resolutive) su eventual utilización para investigaciones. La

²¹ La fecundación in vitro será homóloga cuando se inocula a la mujer con semen de su esposo y heteróloga cuando el semen fecundante es de un tercero donante.

²² Cfr. CAFFERATA, José Ignacio y REZZÓNICO, Carlos Alberto, *Encuentros por la Vida*, Impreso en Talleres Gráficos de BR Copias, Córdoba, 2007. Ver Stanford Hospital and Clinics - Stanford University Medical Center, "In Vitro Fertilization" en <http://www.stanforddivf.com/ivf.html> (25-06-09).

²³ Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, 3ª Edición Actualizada y Ampliada, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 329.

²⁴ El art. 70 del CC dispone que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno. En la época de la sanción del Código, no se podía concebir la idea de que la fecundación del Óvulo podía realizarse en otro lugar que no sea el seno materno. Pero hoy la fecundación in Vitro (FIV) lo hace posible, así como la posterior implantación en la madre. Se adquiere la condición de persona desde el origen de la existencia de la vida humana, con todo lo que ello implica -fundamentalmente- desde la órbita de los derechos personalísimos, de los derechos a la vida y a nacer en el seno de una familia y la igualdad ante la ley. CIFUENTES, Santos (Director) y SAGARNA, Fernando (Coordinador), *Código Civil Comentado y Anotado*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 72. En el mismo sentido, en la jurisprudencia se ha dicho que Es irrelevante para conferir el carácter de persona por nacer, que la concepción se hubiera realizado entro o fuera del seno materno. El art. 51 del Código Civil es aplicable al embrión congelado. (CNCiv., Sala I, 1999/2/03, ED, 185-412).

²⁵ KRASNOW, Adriana, ob. cit.

autora citada, destaca particularmente del fallo el expreso reconocimiento de la condición humana del embrión, disponiendo para su debida protección medidas novedosas a tener en cuenta para una futura regulación legal: a) medida de no innovar, prohibiendo la experimentación, manipulación, clonación y/o descarte; b) autorización judicial para tomar medidas respecto a los embriones, previa intervención del Ministerio Público; c) interesar al Ministerio Público respecto al eventual recurso a la adopción prenatal; d) librar oficio al Ministerio de Justicia de la Nación para poner en conocimiento el vacío legislativo, con el fin de que se presente en el Congreso de la Nación.

6. Valoración del Rol del Juez

En los últimos años se ha replanteado el rol que debe desarrollar el juez en el proceso. Las opiniones sobre el tema derraman ríos de tinta en el horizonte académico. Este tema, lejos de ser una cuestión de dogmática jurídica, tiene un fuerte impacto en la realidad. En la hora actual el activismo y garantismo se disputan como distintos paradigmas procesales. En efecto, desde el garantismo se propicia que se aplique en el proceso judicial a la Constitución con mayúscula, puesto que se hace recaer en las partes toda la actividad procesal para el planteamiento de los hechos litigiosos y para producir sus pruebas, no permitiéndole al juez que actúe de oficio y sin respetar la congruencia al sentenciar. En tanto que el activismo le otorga al juez amplias facultades de tal manera que si fuera menester pueda producir de oficio las pruebas, que flexibilice la congruencia en el dictado de la sentencia para salvaguardar la justicia y la verdad. En otras palabras, en el activismo se da le otorga al juez un gran protagonismo.²⁶

En el caso de autos, advertimos que el Vocal Tazza asumió una conducta de activismo procesal porque resuelve en base a criterios de interpretación para cubrir un vacío legislativo existente en materia de embriones -incluso propone el reconocimiento del derecho del embrión- y ordena se oficie al

²⁶ Sobre este tema ver Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Activismo y Garantismo Procesal*, 1ª Edición, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

Ministerio de Justicia para que oportunamente presente un proyecto de ley por ante el poder legislativo.

Se trata de una solución no frecuente, en la que se flexibiliza el “Principio de Congruencia”, pronunciándose el magistrado más allá de lo pedido y dialogando con los otros dos poderes del estado para el dictado de una ley que no existe en la materia que constituye el *obiter dictum* del caso.

Además, ordena a hacer gestiones antes el Estado para obtener la cobertura los gastos que implique el tratamiento, más allá de los que se colocan solidariamente en cabeza de O.A.M. y I.O.M.A..

7. Conclusiones

En esta temática nos permitimos realizar estas reflexiones conclusivas:

1. Los avances de la tecnología, como la Fecundación In Vitro, generan nuevos desafíos y problemáticas que obligan a los operadores jurídicos a pensar y repensar soluciones creativas y novedosas que salvaguarden los derechos humanos.

2. Con esta tesis, y ante el vacío normativo en la materia analizada, la Cámara Federal de Mar del Plata, ha fijado como regla principal que “*Las Obras Sociales y Mutuales que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir los tratamientos de fertilización asistida que tengan por objeto la concepción de una persona histocompatible con otra (niño y discapacitado) para salvaguardar su salud*”.

3. Asimismo, ha fijado como regla secundaria que las Mutuales pueden ser equiparadas a las Entidades de Medicina Prepaga, y por tanto, hacerles extensivo su régimen jurídico, siempre que en la realidad se verifique que detentan las notas tipificantes de éstas.

4. A modo de corolario, entendemos que la sentencia en análisis trata sobre una cuestión de estado excepcional, que representa un caso difícil y complejo en el que el *iudex* sentenció priorizando la tutela del derecho a la vida a través de una solución atípica, excepcional y pretoriana. Asimismo a la luz de los derechos humanos, que son expansivos (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos) esta solución judicial abre un nuevo horizonte de tutela a la vida, cuyas páginas se han comenzando recién a escribir.

