

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a los 13 días del mes de septiembre de 2011, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás, integrada por los Dres. Cristina Yolanda Valdez, Damián Nicolás Cebey y Marcelo José Schreginger, se reúne en Acuerdo Ordinario para dictar sentencia definitiva en los autos " M.G.G. C/ MINISTERIO DE SALUD-IOMA S/ AMPARO", en trámite bajo el nº 1147-2011.

Según el sorteo efectuado se estableció el siguiente orden de votación: Dres. Damián Nicolás Cebey, Cristina Yolanda Valdez y Marcelo José Schreginger.

ANTECEDENTES

1. En fecha 13 de octubre de 2010 se presenta la Sra. M.G.G. -invocando su calidad de afiliada a la obra social demandada (IOMA)- a promover acción de amparo con el objeto que se ordene la cobertura integral para la realización de procedimiento terapéutico de fecundación *in vitro* con el estudio de cariotipo (array CGH) de los pre-embriones y reproducción asistida con ICSI al que debe someterse debido a su estado de infertilidad. Solicita además medida cautelar de similar alcance.

Refiere que lo solicitado fue negado por la obra social demandada, habiéndole remitido carta documento (que obra a fs. 18), y que la misma no ha obtenido respuesta.

Funda su pedido en normas y doctrina que -sostiene- fijan derechos y garantías para la parte. Citan jurisprudencia en su defensa.

Relata la imposibilidad de obtener el embarazo en forma espontánea. Señala que han efectuado anteriormente un tratamiento de fertilización, del que nació su primer hijo, y resalta la imposibilidad económica que le permita efectuar el que solicita por el presente.

Hace reserva expresa del Caso Federal (punto X, fs. 29 vta.).

2. En fecha 14 de octubre de 2010, el Juzgado de origen resuelve el rechazo de la medida cautelar pretendida.

3. A fs. 69/80 y 85/98 obra informe circunstanciado de la demandada, en la que se opone a la vía intentada por no avizorar los recaudos legales para ello y por la falta de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, solicitando el rechazo de la pretensión, por no haber sido solicitado -a su entender- la cobertura con el inicio de actuaciones administrativas pertinentes, aunque sin desconocer la carta documento que fuera remitida por la amparista, y por no estar, además, la técnica de fertilización asistida dentro del régimen de prestaciones de salud sexual (ver fs. 69 vta.).

Refiere también a la concepción sanitaria adoptada por el IOMA en el tema. Insiste en la falta de regulación legal en la materia, alegando que las legislaciones provinciales y nacionales no cuentan con normas que regulen las prácticas médicas requeridas.

Afirma que el IOMA obró conforme a derecho, y cita jurisprudencia.

En el informe del IOMA de fs. 69 y ss. se señala -entre otras cuestiones- que no existe expediente administrativo, y que tampoco cuenta con normativas sobre la práctica mencionada (fs. 69 vta.), expone que *"desde el punto de vista de su legitimidad normativa, no se discute que sea una técnica no prohibida ... más ello no puede conducir derechamente a su consagración legislativa..."*; y deja *"aclarado que en forma previa a la adjudicación de la obligación legal de la cobertura en cabeza de la Obra Social cabe aguardar la imprescindible discusión legislativa y la sanción de la norma pertinente"* (fs. 72 vta.), añadiendo que *"Es decisión exclusiva del legislador incluir o excluir, en un eventual marco legal, los casos clínicos y los procedimientos terapéuticos y técnicas que están facultados a utilizar los servicios encargados de la procreación humana asistida..."* (fs. 73).

La presentación de Fiscalía de Estado (fs. 85/98) de fecha 13/12/2010, refiere centralmente a la improcedencia de la vía por falta de arbitrariedad manifiesta en la denegación de la cobertura del tratamiento (explayándose respecto del alcance del derecho a la salud, de la razonabilidad de la regulación de la cobertura y sobre las facultades de la Administración).

4. A fs. 101 la *a-quo* considera que no puede pronunciarse sentencia útil sin el consentimiento expreso de quien ha sido denunciado en autos como esposo de la misma, según certificado de matrimonio agregado, y en virtud de las facultades del artículo 89 CPCC, dio la correspondiente intervención al mismo, quien cumplimentó el requerimiento ratificando *in totum* los términos de la demanda introducida por su esposa.

A fs. 103/112 la Magistrada dicta sentencia rechazando la acción amparo promovida e imponiendo las costas por su orden.

Para así decidir, considera el tratamiento requerido, que consiste -alude- a una fecundación *in vitro* con estudio del cariotipo (array CGH) de los pre-embriones y reproducción asistida con ICSI, todo ello, conforme la documentación arribada a las actuaciones.

Refiere a la nueva Ley n° 14.208 y su Decreto reglamentario n° 2980, que conceptualizan a la infertilidad humana como enfermedad de acuerdo con los criterios internacionales sustentados por la OMS (ver fs. 104 vta.).

Tras expresar que -con la aludida nueva normativa- se encuentra "*superada toda discusión en torno a los argumentos defensivos de la obra social respecto a si los mencionados tratamientos integran el programa de salud de la accionada o no*", considera la *a quo* que "*corresponde aquí analizar si la prestación pedida pone en juego la vida de las personas por nacer, tal como lo argumentó IOMA, a fin de determinar si medió de su parte un obrar arbitrario o ilegal que habilite el amparo*" (fs. 105).

Resalta que la solicitud instada por la amparista no se limita a posibilitar la generación de una nueva vida, sino que se le agregó el llamado diagnóstico genético preimplantacional, según lo indica la prescripción médica de fs. 14. Al respecto, enuncia que la misma es una técnica que se utiliza durante el procedimiento de fertilización *in vitro* para evaluar genéticamente a los embriones antes de su transferencia al útero materno.

Con ello, destaca que el pedido en estudio exige dilucidar el estatuto jurídico del embrión, pues expresamente en la práctica médica solicitada se denunció el descarte de aneuploidias (embriones con anomalías genéticas) y la vitrificación (crioconservación) de los embriones (sin tales anomalías).

Con lo cual, procede al estudio de la personalidad de los embriones, expresando entre varias cuestiones, que vale reconocer la personalidad de los embriones desde el principio mismo de su existencia, y que ellos deben recibir el tratamiento que los ordenamientos reservan a las personas, siendo así, acreedores del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud que ellos acuerdan.

Pondera que en autos, se especificó en la orden médica del tratamiento que la edad de la actora requiere estudio genético de los embriones; empero -entiende- resulta contrario a derecho el pedido de decidir unilateralmente sobre la vida de aquellos que puedan tener mayores riesgos de supervivencia.

Refiere también a los derechos de los niños, así como también, que la vida humana en gestación y desarrollo en sí misma merece protección constitucional.

Concluye que mediante la técnica pretendida en autos, se compromete la vida de los embriones, correspondiendo resguardar -a su criterio- la de estos últimos, a fin de brindar integral cumplimiento a la manda constitucional sobre la dignidad humana. Sobre tales bases, indica que no ha existido obrar ilegal o arbitrario de la accionada que torne procedente a la vía de amparo incoada.

Rechaza la acción, establece las costas por su orden y regula honorarios a las letradas intervinientes.

5. A fs. 113/117 la amparista interpone recurso de apelación contra la sentencia.

Se agravia por la decisión de la *a quo*, al considerar que el silencio del IOMA frente al deber legal de proveer el tratamiento prescripto el médico tratante, e intimando ello por su parte, constituye una conducta antijurídica habilitante de la pretensión de amparo instada, alegando que ello destruye lo afirmado por la sentenciante cuando aduce la falta de existencia del obrar ilegal o arbitrario de la demandada.

Seguidamente, expresa que actualmente es reconocido por la jurisprudencia departamental que la consagración del derecho a la salud, es de carácter personalísimo, y debe ser preservado y hecho efectivo por parte del Estado a través de sus instituciones, conformando ello el derecho a la salud reproductiva.

Expone que ya en su petición inicial surge que el tratamiento tiene por finalidad un proceso de fertilización asistida, que resulta el único medio apto para la concepción de un nuevo hijo, lo que no está prohibido y/o limitado por ley alguna.

Le agravia, a su vez, que la sentenciante de grado ahonde en sus convicciones en cuanto a la vida humana, a los derechos de los embriones y a lo que refiere supuestamente la actora como pre-embriones, incluso llega al análisis de los derechos del niño consagrados en la Constitución Nacional. Entiende que no resulta aplicable, cuando nuestro derecho a la salud no se contrapone con el derecho de embriones o pre-embriones, ya que -a esta fecha- no existe niño alguno e, hipotéticamente y sólo de manera conjetural, posibilidades de detección de aneuploidias.

En síntesis, cuestiona que la Jueza de grado no haya ponderado toda la prueba arrimada y lo expuesto en el escrito de inicio. Recuerda que el Juez debe efectuar la evaluación de los hechos acreditados en el proceso al momento de resolver, no a lo que eventualmente acaecerá en el futuro.

Con todo lo expuesto, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a su intento apelatorio y a su demanda incoada.

6. A fs. 118 se otorga traslado a la accionada del remedio recursivo impetrado, quien no lo contesta (v. fs. 217/219).

7. Recibido el expediente en esta Alzada (fs. 127 vta.), y cumplimentadas la medida para mejor proveer dispuestas, y quedando la causa en condiciones de resolver, la Cámara estableció la siguiente cuestión: -

¿Debe confirmarse el decisorio de grado? En su caso, qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

El Juez Cebey dijo: -

Ingresando al remedio recursivo intentado por la actora contra la sentencia de fondo dictada por el Juez de grado, debemos analizar el alcance de la litis.

Como fuera señalado en causa de similar temática (expediente n° 573/2008 "*S., A. y ot. c/ IOMA s/ amparo*"), debemos recordar que esta Cámara posee una doble limitación procesal: por un lado, la que resulta de la relación procesal consolidada a través de la demanda y su contestación (en este caso, informe circunstanciado) y la de la apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*); en tal sentido, así lo ha resuelto en numerosas ocasiones la SCBA (entre otras, sentencia del 14-2-2007, SCBA, Ac. 93036, "*Club Atlético y Deportivo Junior c/ Municipalidad de Florencio Varela s/ Incumplimiento contractual y daños y perjuicios*", sentencia del 31 de Agosto de 2004, Ac. 85.095, "*Lavié, Juan Manuel y otros contra Provincia de Buenos Aires s/ Amparo*").

Bajo esas premisas, corresponde abordar la materia objeto por ante esta instancia.

Debo destacar la decisión del IOMA que obra a fs. 68 (donde rechaza en todos sus términos la carta documento que le fuera enviada por la amparista) por cuanto la ahora amparista -según la Obra Social- no indica número de trámite y/o expediente sobre el que versaría su petición; por otro lado, cabe mencionar el reconocimiento al que refiere la apoderada de la demandada (fs. 85 vta.) de la denegatoria de la autorización del tratamiento en cuestión, así como el modo en que procede el ente público a expresar su rechazo.

De lo referido, se advierte que el fundamento del rechazo no consiste en que el mismo no esté "*médicamente justificado*" en el caso, sino en que no sería exigible su cobertura por la obra social, por ser una prestación que -a criterio de la accionada- no está contemplada según la normativa de la Ley n° 13.066 (ver fs. 90 vta. y 91).

Los planteos o agravios del apelante -actora- deben vincularse (y sin perjuicio de lo *supra* expresado) con lo que ha venido sosteniendo oportunamente tanto en el procedimiento como en el proceso.

Para lo cual, debo indicar que los agravios actorales se dirigen a criticar la sentencia de grado, en cuanto sostiene que no ha meditado un obrar arbitrario o ilegal del IOMA para rechazar la pretensión de cobertura, ingresando en cuestiones que -entiende- resultan conjeturales.

Debo destacar, asimismo, que el proceso fue iniciado durante la vigencia temporal (y que continúa) de la Ley n° 13066 (la cual no ha sido derogada), y el decisorio de grado consideró de aplicación la Ley n° 14.208, en cuanto a que encontró superada -con la sanción de tal norma- toda discusión en torno de los argumentos defensivos de la obra social respecto a si los mencionados tratamientos integran el programa de salud de la accionada (fs. 104 vta./105). Esta afirmación de la judicante no ha sido motivo de cuestionamiento por el IOMA, ni tan siquiera mediante la articulación de una apelación implícita adhesiva, en la

oportunidad con que contaba para ello (contestación de traslado de agravios actorales).

Ahora bien, sentado el marco normativo considerado por la *a quo*, continúa, ponderando lo que señala como argumentaciones de IOMA, para determinar si medió un obrar arbitrario o ilegal de la demandada.

Entiendo que resulta, en consecuencia, de ponderación las argumentaciones que el IOMA y la Fiscalía de Estado expusieron en oportunidad de brindar informe circunstanciado, iterando que fueron presentados cuando aún la Ley n° 14.208 no había sido publicada, esto es, confeccionados analizando la Ley n° 13.066, y el alcance de dicha norma.

De la lectura de tales piezas (y sin perjuicio de la interpretación del sentido y alcance de la Ley n° 13.066, que esta Alzada -con voto unánime primero, y por mayoría luego- ha venido realizando en numerosos precedentes), advierto que las argumentaciones centrales consisten en un concatenado silogismo en virtud del cual el IOMA justifica su decisión (denegando la cobertura) por cuanto la Ley n° 13.066 no abarca, no alcanza a subsumir, en sus previsiones tratamientos como el de autos, por diversos motivos; consecuentemente, no resultaba -a criterio del IOMA- arbitrario o ilegal su denegatoria, en tanto no estaba expresamente obligada; añadía que la cuestión presenta aristas que requieren de un debate y discusión legislativa, y posterior sanción de la norma pertinente, los cuales deben ser zanjados de modo previo a imponerle la obligación legal, *“siendo decisión exclusiva del legislador incluir o excluir”* casos clínicos, procedimientos, técnicas, y *“la obligatoriedad o no de la prestación”* (fs. 73), también argumentando que *“no se discute que sea una técnica no prohibida por el ordenamiento jurídico (art. 19 CN), más ello no puede concluir derechamente a su consagración legislativa...”* (fs. 72); en resumen, IOMA presentó una serie de argumentos en virtud de los cuales su denegatoria se justificaba, salvo que la sanción de una norma, tras el debate y discusión legislativa, previera de modo expreso su obligación de cobertura.

En resumen, y en tanto no se ha discutido que esté en vigencia una norma que expresa la *“decisión exclusiva del legislador (de) incluir o excluir”* casos clínicos, procedimientos y técnicas, por lo cual se desvanece también lo argumentado en cuanto a que *“no se discute que sea una técnica no prohibida por el ordenamiento jurídico (art. 19 CN), más ello no puede concluir derechamente a su consagración legislativa...”*, las consideraciones expresadas (antes de la Ley n° 14.208) para fundar su oposición de la parte accionada a la pretensión de sus afiliados provocan que sus planteos -en tanto parte del proceso- sobre arbitrariedad o ilegitimidad se encuentren desarticulados.

Señalo lo anterior puesto que lo que fuera esgrimido por la demandada, en virtud de la norma legislativa vigente (y que no aparece discutida ni cuestionada por las partes), provoca que sea de aplicación; no encontrándose argumentos de las partes que lleven a no considerarla, desvaneciéndose los criterios argüidos por la accionada en el proceso, en tanto justificaba su denegación (y condicionaba su cobertura) al debate y sanción legislativa de una norma que contemplara y regulara los casos clínicos, los procedimientos y las técnicas.

Por ende, e interpretando que las argumentaciones de IOMA para oponerse a la cobertura han sido desarticuladas en virtud de los parámetros (no dados todavía, a criterio del informe circunstanciado, y modificada la situación por el debate que llevó a la nueva norma legal) que fijaba para acceder a las peticiones de tratamiento.

No advierto, de la sentencia de grado, que se hubiera dispuesto la inconstitucionalidad de la Ley n° 14.208, o decidido su inaplicabilidad al caso.

Igualmente, debo señalar que -a mi criterio- en el caso de autos aún debe ser aplicable (respecto de lo procedimental) la no derogada Ley n° 13.066, toda vez que, en la práctica, la reglamentación de la nueva Ley ha sido redactada para aquellos casos en los cuales no ha mediado aún petición de los requerientes ante la Administración.

Acoto que el Estado Provincial ha dictado dicha normativa (Ley nº 13066), la cual establece el Programa Provincial que garantiza las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable; en los fundamentos del proyecto de ley (fuente: página web: www.hcdiputados-ba.gov.ar) se expresa que: *"La provincia de Buenos Aires, no posee una clara política de salud reproductiva y de procreación responsable clara y concordante con la Constitución Provincial y que alcance a personas de edad fértil asegurándoles la gratuidad y las garantías éticas y morales, que correspondan."*, es decir, a través de la ley se operativizan los derechos garantizados por la Carta Provincial.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley establece: *"La presente Ley encuentra su sustento jurídico en el art. 16 inciso e) de la Ley Nacional 23179 y en el Derecho Humano Básico de toda persona a mantener y restituir su salud, como también a proteger a la familia, considerada ésta como una sociedad natural existente antes que el propio Estado."*

Y el artículo 3 dispone: *"Esta Ley reconoce el derecho social de la familia consagrado en el artículo 36º inciso 1) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y considera como premisa y fundamental la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagradas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, reconocida en la Constitución Nacional de la República Argentina."*

La Ley claramente ha operativizado -en la materia que reguló- tanto el derecho a la salud como el derecho de familia, por lo que no corresponde resolver si éstos son operativos o programáticos y, en su caso, con qué extensión o intensidad.

Luego, si tenemos en cuenta que la cuestión debatida por las partes de autos se centrara en la determinación de los alcances que amparista y el IOMA asigna al articulado de la Ley nº 13066, esto es, si de ella se deriva la obligatoriedad de brindar cobertura -o no- por parte de la Obra Social al

tratamiento de fertilización asistida por método ICSI requerido por los actores, al asumir la postura que determina la exigibilidad del mismo, frente al rechazo del pedido se estaría incumpliendo la Ley y, ergo, vulnerando los derechos reglamentados por ella, específicamente los derechos a la salud y de familia.

Alcances de la Ley nº 13066:

La demandada alegó -informe circunstanciado- que la Ley nº 13.066 no incluye prácticas de fertilización asistida, así también expone los alcances que -entiende- aplicables al caso, fundamentalmente por considerar que ésta ha incorporado un programa de atención primaria de la salud y que no tiene mención a una técnica de reproducción artificial que es una prestación médica de alta complejidad.

A lo cual, debo adelantar que la demandada no ha demostrado en autos la existencia de circunstancias de excepción que permitan excluir este caso de la Ley nº 13066.

La norma (a través de la cual se crea el *"Programa Provincial que garantiza las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable"*) dentro de sus amplios objetivos sociales, se sustenta (artículo 1º, segundo párrafo) en el artículo 6º inciso e) de la Ley Nacional nº 23.179 y en el Derecho Humano Básico de toda persona a mantener y restituir su salud, como también a proteger a la familia.

Asimismo -como expresara *supra*- el artículo 3º de la referida norma reconoce el derecho social de la familia consagrado en el artículo 36 inciso 1) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Cabe recordar, tal como señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación que (con relación a la protección de la salud, psicológica y física) el derecho a la salud *"constituye el bien a preservar con la mayor intensidad posible"* (Fallos: 324:4061).

En este sentido, entiendo que la obligación legal de la demandada deviene de la Ley Provincial nº 13.066.

El artículo 2º, inciso "n" de la citada Ley expresa que es uno de los objetivos del Programa Provincial *"informar, otorgar y prescribir por parte del profesional médico, de los conceptivos y anticonceptivos, aprobados por el ANMAT, de carácter transitorios y reversibles a ser elegidos libremente por parte de los beneficiarios del programa, los que serán otorgados respetando las convicciones y criterios de los destinados..."*.

Por su parte, el artículo 5º inciso "i" de la Ley de mención establece que *"la Autoridad de Aplicación"* (que correspondía designar por el Poder Ejecutivo en virtud del artículo 4º de la norma, y que -por el Decreto nº 2327/03- recayó en el Ministerio de Salud) deberá *"asegurar la provisión y abastecimiento de los insumos, bienes y servicios no personales, que resulten necesarios para el cumplimiento del presente programa y en el mismo sentido a los Centros de Salud o dependencias en las cuales se desarrollen acciones previstas en la presente Ley."*

Además, y específicamente respecto de la demandada, la Ley sancionada por la Legislatura Provincial fija, en su artículo 6º, que *"El Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) incorporará dentro de su cobertura médico asistencial las prestaciones médicas y farmacológicas referidas a los métodos conceptivos y anticonceptivos no abortivos y de carácter transitorio y reversibles, que al efecto fije la Autoridad de Aplicación de la presente Ley."*

La Constitución Provincial (artículo 36 numerales 1 y 8) consagra la garantía del cumplimiento del derecho a la salud y a la vida, conjugados con el derecho social de la Familia.

La normativa infraconstitucional, ya mencionada, crea un Programa de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, y de ella se desprende la imposición al Estado Provincial de la obligación-deber de proveer lo necesario y conducente para brindar tratamientos conceptivos, consagrando -en la materia

regulada- la garantía del cumplimiento del derecho a la salud (inciso 8 del artículo 36 de la Constitución Provincial) conjugado, en el caso, con el derecho social de la Familia (inciso 1 del artículo 36 de la Constitución Provincial).

Cabe hacer notar que, en los considerandos del Decreto Provincial nº 2327/03 (reglamentario de la Ley nº 13.066), se expresa: *"la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos..."*, en consonancia con la definición adoptada por la OMS.

Se desprende, entonces, que la cuestión vinculada con la existencia de una norma legal queda suficientemente despejada.

A su vez, en lo que respecta a los derechos involucrados, cabe notar que la CSJN ha expresado, respecto del derecho a la salud, que *"...corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569). En lo que al caso concierne, este Tribunal ha puntualizado (con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994) que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)"*, Considerando 5 de la resolución del 30-9-2008 en causa 248. XLI. Recurso de hecho *"I., C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo"*, entre otras). Esta exigencia cabe extenderla -con sus modulaciones propias- al derecho social de familia.

Así las cosas, por los fundamentos enumerados, propongo que sea revocado el decisorio de grado, admitiendo la acción de amparo e imponiendo las costas de ambas instancias a la demandada (artículo 19 Ley nº 14.192).

ASÍ VOTO.

La Jueza Dra. Valdez dijo:

I.- Como hemos expuesto en los antecedentes de este Acuerdo, la queja de la actora recurrente se centra en: a) el silencio del IOMA ante la recepción de intimación de su parte, frente al deber legal de proveer el tratamiento prescripto, constituye una conducta antijurídica habilitante de la pretensión de amparo articulada; b) la consideración por parte de la sentenciante del *status* jurídico de los embriones y la aplicación a los mismos de los Derechos del Niño, ya que a su entender, a la fecha no existe niño alguno, cambiando con ello el eje de la discusión, debiendo evaluarse los hechos acreditados en el proceso al momento de resolver y no a lo que eventualmente acaecerá en el futuro; c) falta de consideración de toda la prueba arrimada y lo narrado en el escrito de inicio.

Expondré los fundamentos por los cuales propongo, en adelante de opinión, la confirmación de la sentencia recurrida.

II.- La apelante expresa en el primer agravio: "Que la magistrado de primera instancia rechazó la acción impetrada, concluyendo que no existió obrar ilegal o arbitrario de la demandada que torne procedente el amparo, causando de ese modo gravísimo agravio." (v. fs. 114).

Este achaque no merece acogida favorable, en tanto, de los términos de la sentencia, en definitiva surge que la pretensión fue tratada, aunque desestimada la acción por fundamentos de fondo y no de forma, no advirtiéndose al respecto que se erija el agravio esgrimido.

III.- Encontrando ahora, vinculados los agravios segundo y tercero, los trataré en forma conjunta.

a) De modo preliminar, conviene recordar que "...es prerrogativa de los jueces de grado seleccionar el material probatorio, por cuanto en todo lo concerniente al análisis de la prueba y a la interpretación de los escritos

preliminares, los juzgadores ejercen facultades privativas, y sus conclusiones resultan irrevisables salvo el caso excepcional de absurdo (conf. Ac. 64.122, sent. del 4II1997). "in re "Martin, Liliana contra Da Bove, Miguel. Resolución de contrato. Cobro de pesos. Daños y perjuicios" Ac. 69.113, sentencia del 21 de noviembre de 2001.

Entiendo que en el caso no se configura el supuesto indicado, en tanto la Magistrada interviniente juzgó a la luz de la pretensión de la amparista, y más allá de las consideraciones bioéticas efectuadas, por otro lado habilitada para hacerlo en razón de lo que implica la propia técnica solicitada, sopesó aún más en particular, la selección de embriones requerida en el libelo inicial (v. fs. 20 vta.) por medio del estudio del cariotipo de los pre-embryones y así lo confrontó con el ordenamiento jurídico.

b) Ahora bien, fueron recibidas las actuaciones ante esta Alzada, y dictada y producida la medida para bien proveer a fs. 196/1999.

Entre otras cuestiones, surge de dicha medida y al decir del experto, que: *"Respecto a la elección de los embriones se tra[n]scribe un trabajo explicativo de la terminología y metodología empleada en este caso Un estudio llevado a cabo en Colorado estudio **las aneuploidias** en la formación de blastocistos (embriones), los normales son los **eupluoides**.*

*De ahí que conocer a fondo el embrión es fundamental para lograr con éxito un embarazo en un proceso de fecundación in vitro. Hay que elegir el mejor de ellos para lograr un éxito seguro de implantación. Normalmente, en este estudio exhaustivo del embrión se analizan factores como la **morfología** del mismo, **el tamaño celular**, **la multinucleación** y **la tasa de fragmentación**.*

Para una FIV exitosa, por tanto, es necesario conocer la relación que existe entre la morfología del blastocisto, las anomalías cromosómicas y el género embrionario y esta relación es la que ha estudiado el Centro de Medicina Reproductiva de Colorado, un estudio que se ha publicado en la REVISTA FERTILITY AND ESTERILITY.

No obstante, aún y contodo eso, en ocasiones embriones con buena morfología no logran el embarazo y sin embargo, otros dudosos si consiguen una buena implantación. En estos casos, el origen de este fallo se sitúa en las aneuploidias o anomalías cromosómicas numéricas." (v. fs. 198 y vta., negrita del original).

Luego refiere a fs. 199: "3- La efectivización de un método de fertilización asistida, implica la formación de uno o más ovocitos fecundados fuera del organismo, para luego ser implantados en el útero, donde se implantan los de mejor vitalidad, en un número **nunca superior a tres.**" (negrita también del original).

c) Sin perjuicio de la vigencia de la Ley provincial n° 14.208 que versa en la materia, como primera norma dedicada al tema (BOP N° 26.507) reglamentado por decreto 2980/10 modif. por decreto 564/11, debo decir que por las razones que daré, mantendré el análisis bajo similar criterio expresado a partir de los autos "S.A.F. y A.H.A. C/ IOMA S/ AMPARO", expte. n° 573/08, RSD N° 65 año 2008, por considerar que las cuestiones de fondo y de bioética no han variado, incluso para el *sub examine*, y donde la objeción de conciencia se me impone.

Tal objeción debe ser entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (conf. consid. 12 del voto de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano en la causa "Bahamondez", CSJN, 6/4/93).

Este impedimento se erige ante la colisión entre la norma legal que impone un "hacer" y la norma ética o moral que se opone a esa actuación.

De esta forma, entiendo que es un deber que dicta mi conciencia ante estas acciones privadas que intenta la amparista con el consentimiento expreso de su cónyuge, la no aplicación de la ley, ya que en definitiva se producirán perjuicios a uno o varios terceros, como explicaré luego, y adelanto son los embriones que no llegarán o término o no resultarán implantados (art. 19 CN).

Y como lo han dicho los Dres. Barra y Fayt en el caso citado *"En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico."* (consid. 12), para luego continuar en el considerando 13 en los siguientes términos: *"Que el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la ersonalidad humana y a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De este modo, reserva al derecho privado la protección jurisdiccional del individuo frente al individuo, y le confía la solución de los conflictos que derivan de la globalidad de las relaciones jurídicas. De ahí que, el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte."* (el subrayado es mío).

A título ilustrativo, no escapa el problema creciente respecto del destino de los embriones congelados. *"Nadie sabe qué hacer con los embriones congelados"* es el título que encabeza una publicación del Diario Clarín del 20/2/11. Y así dijo: *"En distintos laboratorios de la Argentina hay unos 15.000 embriones congelados con destino incierto. Algunos serán transferidos al útero de las mujeres que se sometieron al tratamiento del cual son producto. Otros no. Tal vez porque estas mujeres ya tienen hijos y no quieren más. O quizás porque pasaron los años y ya son demasiado grandes para quedar embarazadas. Incluso se plantean situaciones aún más complejas: hay embriones congelados de parejas que se han divorciado, o que han muerto. ¿Qué hacer entonces con estos embriones? ¿Se los descarta? ¿Se los usa para investigar? ¿Se los dona? ¿Se los da en "adopción"? No existe en el país legislación al respecto. Lo que se hace queda a criterio de médicos y pacientes."*

d) Surge de autos (fs.18) que la amparista en fecha 30 de setiembre de 2010 impuso carta documento por la cual intimó al IOMA la cobertura de la prestación y que no habría iniciado el trámite administrativo de modo regular a los

finde de permitir a la obra social su respuesta (v. fs.68/69). Considerando que IOMA incurrió en silencio, y que ello habilitaba a considerarlo como negativa, inició la presente acción en fecha 13 de octubre de 2010 (v. cargo de fs. 32 vta.).

A fs. 15 obra presupuesto del procedimiento en la suma de \$ 35.000 -pesos treinta y cinco mil- de fecha 20 de setiembre de 2010, en el cual explicita la práctica de biopsia de cada uno de los pre-embriones en día 3 y la transferencia y/o vitrificación de los euploides. También obra presupuesto de igual fecha por los medicamentos no incluidos en el anterior, por la suma de \$ 14.132,01 -pesos catorce mil ciento treinta y dos con un centavo-.

Corrido el traslado bilateralizando el proceso, contestó el representante de la demandada. Y previo consentimiento del cónyuge de la amparista a la pretensión solicitada, se dictó sentencia rechazándose la acción de amparo, lo cual disconformó a la actora, originando la correspondiente apelación.

e) Juzgando el caso, y en orden a los agravios en tratamiento, debo referir que quedó demostrado a partir de la experticia llevada a cabo en esta instancia, que la técnica propuesta implica la formación de más de un embrión, sin que ello fuera objetado por las partes.

Habiendo adelantado el apartamiento de la aplicación legal y reglamentaria en razón de la objeción de conciencia (art. 19 CN), pondero que es la selección de la vida entre los distintos embriones que pudiesen resultar de la práctica, lo que me obsta a la propugnar la no aplicación de la norma.

f) A propósito de ello, la apelante achaca que en el fallo no fueron consideradas situaciones actuales sino a futuro.

En este aspecto, considero ajustada a derecho la decisión, teniendo en cuenta la función de la judicatura, que en aplicación de la ley, es dar a cada uno lo suyo. En tanto que, ponderando las consecuencias que hubiera aparejado el acceso a la pretensión, se abordarían soluciones más gravosas de las que se

quieren actualmente subsanar. Al tutelar el ordenamiento jurídico diferentes derechos, corresponde a la hora de decidir, ponderar la jerarquía constitucional de los mismos (art. 31 CN).

De los Santos, Mabel A. (JA 2000-I-752; Lexis Nº 0003/007521) en "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales", ha dicho que: *"En el ámbito del Derecho Procesal la referida corriente de pensamiento adquiere perfiles distintivos en pos de la eficacia del sistema de enjuiciamiento: la prevalencia de la inmediación y la oralidad, un activismo judicial repotenciado, el ensanchamiento del elenco de legitimados, el reforzamiento y ampliación de la protección cautelar, **una mayor aproximación del derecho sustancial con el procesal, unidos por el común propósito de servicio al logro de la justicia y, en definitiva, un pensamiento judicial pragmático y sensible a las consecuencias de sus decisiones.**"* (he resaltado en negrita).

Opino que son las secuelas del pronunciamiento las repensadas de modo comprometido y responsable con la función judicial, en orden al alcance de la condena en el sentido de la pretensión pedida, y lo que la misma implicaría respecto de esos terceros -en nada hipotéticos- por nacer.

Recordemos que: *"El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y protegido por la Constitución, tanto provincial como de la Nación Argentina. El hombre es centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental."* (del voto del doctor NEGRI en causa A. 69.164, "P. , S. A. contra I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", sentencia del 1 de junio de 2011).

Rescato también del voto del doctor Hitters en esa misma causa y ahora yendo a la aplicación del derecho, que: *"La Corte Suprema de Justicia de la Nación claramente alertó sobre la operatividad de los derechos y garantías*

reconocidos por la Constitución nacional y reiteradamente ha advertido sobre la responsabilidad de carácter internacional del Estado por la estricta observancia que pesa sobre todos los órganos internos, incluidos los locales de carácter judicial -a quien por otra parte le corresponde la expresa misión, constitucional e indeclinablemente asignada, de verificar la correspondencia de las leyes con la Constitución nacional- de las normas establecidas en los tratados internacionales de los que el Estado forma parte."

De esta forma, la Magistrada argumentó: "Admitido el rango constitucional del derecho a la vida, a la integridad física y la salud de los embriones o pre-embryones, como los llama la actora, es claro que el derecho a la salud de la actora, fundamento de su pretensión debe compatibilizar con los derechos de los primeros. En efecto; ´los derechos constitucionales no son absolutos ni pueden actuar de manera aislada, toda vez que conforman un complejo de operatividad concertada´ de suerte que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca´ (SCBA, I 222 S 20-9-2000, Ac 75956 S 28-12-2055, B 60253 S 30-3-2010; Fallos: 330:4988, 312:1082; 314:225; 314:1376; 315:2804; entre muchos otros). Es que la adecuada interpretación de los derechos constitucionales es aquélla que concilia armónicamente los derechos que se dan cita en cada caso. De igual modo, los incs. 1 y 2 del art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática."

La derivación directa de las consecuencias que las prácticas requeridas fueron tenidas en cuenta por la sentenciante a la hora de desestimar la pretensión, siendo errónea la queja en cuanto a lo que formalmente la recurrente denomina un juzgamiento a futuro y una errónea aplicación de los derechos del niño.

Considero de valioso acierto la decisión, teniendo en cuenta que la vida es el DERECHO HUMANO por excelencia, y "...comienza en el momento mismo de la concepción (Pacto de San José de Costa Rica, arts. 12 y 49, ratificado y aclarado

expresamente en este punto por el art. 22 de la ley 23.849, incorporado a la Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Cód. Civil, arts. 70 y 264. Está científicamente comprobado que desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre." (Guillermo A. Borda en "La Persona Humana" La Ley, Buenos Aires, 2001, pág.1).

Traigo a colación la transcripción efectuada por los Dres. Barra y Fayt en el caso ya señalado -"Bahamondez"- que postuló que: *"...al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera: la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sanguienta de un Moloch insaciable del fuero cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor vida..."*

Si bien el derecho de la maternidad-paternidad es innegable, también lo es el de la vida y la dignidad del sujeto concebido y que luego de la unión del óvulo con el espermatozoide se advierten presentes.

Vale como ilustración, que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la ciudad de Rosario (25, 26, 27 setiembre de 2003), se trató en Comisión nº 1 la ponencia titulada *El comienzo de la existencia de la persona*, solicitando de lege ferenda: "1) Modificar el articulado del Código Civil en lo que respecta al comienzo de la existencia de la persona estableciendo que: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido se encuentran concebidas indistintamente tanto en el seno materno como de manera extracorpórea. La existencia de las personas comienza desde la concepción, es decir desde que el sujeto posee un código genético propio". 2) Desde el momento en que comienza la existencia de la vida humana, quedan prohibidas todas las formas de manipulación del concebido, quien resulta titular de todos los derechos

patrimoniales y extrapatrimoniales inherentes a su condición de persona. Una ley especial regulará los aspectos relativos a las técnicas de fecundación asistida."

Coincido con la raíz del pensamiento y de sus fundamentos, radicados en que no existe motivo alguno que permita justificar la diferente protección del *nasciturus in vivo* respecto de la del *nasciturus in vitro*. No veo por qué proteger al fecundado en forma natural y dejar librada a su suerte, la de aquél que resulta producto de la manipulación y posterior unión fuera del seno materno, de las células germinales masculina y femenina.

Las prácticas pretendidas compromete la generación de embriones, sin que hasta el momento la ciencia pueda aseverar la inexistencia de efectos no deseados ante el sometimiento de los mismos al congelamiento, o bien, el descarte de embriones, o la elección de los de mejor vitalidad que se pretendan implantar, todo lo cual no permite tener por protegida ni la dignidad humana, ni la vida misma.

Se ha expresado: "El gameto congelado pierde calidad y genera bacterias. El embrión congelado es un niño congelado. Un niño con su desarrollo psicofísico congelado y detenido en el tiempo y en el espacio. Cabe agregar que la crioconservación a más de 160 grados bajo cero genera efectos mutágenos debidos a la radiación de fondo y que, pasados los 10 años, los embriones crioconservados no tienen más viabilidad. Por otro lado, más del 50% de los embriones mueren al ser descongelados" (37: Matozzo de Romualdi, Liliana "¿Por qué no al Proyecto Laferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida?, E.E., 163-1165)" –Cita de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez. Bioderecho. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 208-.

Por su parte y como vengo refiriendo, la técnica requerida arrojaría necesariamente más de un embrión (v. fs. 196/199).

De este modo, pareciera tratarse de vida humana en calidad de cosa, lo que nos arrima a pensar en el objeto ilícito (art. 953 Código Civil). Siendo que la

vida conlleva un valor supremo que el derecho debe tutelar, sin el resguardo merecido, los demás derechos se encontrarían carentes de sustento.

A su vez, la selectividad según refirió el experto, se efectúa entre los embriones de mayor vitalidad (fs. 199). Es decir, que no todos los embriones, seres al fin, encontrarán la posibilidad de implante en la amparista.

“...Como observa Orgaz la vida de las personas está protegida por disposiciones diversas que ofrecen como rasgo común integrar una tutela de carácter público, independiente, por tanto, de la voluntad de los individuos -art. 21, Cód. Civ.-” Jorge Joaquín Llambías, -Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Vigésima Edición, Bs. As, 2003, pág. 247.

En definitiva, del confronto de los términos de la norma que accede en el ámbito bonaerense a la cobertura de las prácticas, como la requerida en autos y por las que los amparistas han invocado los derechos sobre maternidad-paternidad y de formar una familia, implicando ello selección de embrión y descarte de sobrantes, versus la vida y dignidad de dichas personas de tal forma concebidas, no dudo que en primacía se encuentran éstas últimas, indefensas en dicho estado.

Considero así también, por su parte ilustrativo, citar que la Comisión Europea de Derechos del Hombre “...entendió que el derecho a la vida del artículo 2.1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre debe ser interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho activo a crear vida. Asimismo, advertía que un derecho absoluto de toda persona a procrear no puede ser deducido de los artículos 8 y 12 de la Convención. –Citado en “La Fecundación In Vitro y la Filiación”, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pág. 39-.

En Ac. 82.058, sent. del 22 de junio de 2001-SCBA-, el Dr. Pettigiani expresó que existe estrecha vinculación entre eugenesia y racismo, cuestión

preocupante ante “la irrupción de prácticas masivas de fecundación asistida”; “la más leve categorización que hagamos entre seres humanos en cualquier estadio de su existencia distinguiéndolos por el grado de fortaleza o de salud que ostenten a los fines de decidir sobre su eventual viabilidad nos arrastrará inevitablemente hacia una progresiva deshumanización, llevándonos finalmente a consentir las aberraciones más inimaginables, de las cuales el nazismo no ha sido sino una muestra que por cierto puede repetirse bajo otras formas” -citado por el Dr. Alberto Rodríguez Varela en el trabajo *ut-supra* indicado-.

El Dr. De Lázzari en la misma causa dijo que “La vida, cualquiera sea el modo en que esté exteriorizada, merece respeto”; “El derecho a la vida no se encuentra tarifado de acuerdo con la edad del que se protege”; “una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida”.

También el Ministro Decano Dr. Negri, se hizo eco a la defensa del derecho a la vida: “Este niño que aún no tiene nombre, es único, irrepetible, inviolable, no fungible, no canjeable, irremplazable. De él, de su misterio, apenas si sabemos que padece una complicada patología que lleva a los especialistas a cuantificar en términos mínimos las probables proyecciones de su existencia extrauterina. En esas condiciones, entiendo que lo mejor es no privarlo de su derecho a permanecer en el vientre de su madre hasta cumplidos (por decirlo con una frase del Evangelio) “los días del alumbramiento” (Lc. 2.6).”

Finalmente, reproduzco los profundos pensamientos, que aunque en oportunidad de tratar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra una autorización judicial de inducción al parto por padecer el feto de anencefalia, el Dr. Pettigiani en Ac. 85.566 “Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de General San Martín. Autorización”, SCBA, en Ac. del 24 de julio de 2002, hizo en su voto alusión a la vida, expresando: *“Si la preservación de la vida humana queda condicionada a una previsión incierta de su duración “todo es cuestión de medida”, y si esta medida va ser fijada por alguien –cualquiera que sea-, ese alguien se va a convertir –a través de la determinación de esa mensura- en árbitro de la vida de*

cualquier ser humano, pudiendo determinar su muerte sólo con establecer que su expectativa de vida es probablemente ínfima.

Nos viene a la mente la frase horaciana Vitae summa brevis spem nos vetat inchoare longam (la brevedad de la vida nos prohíbe concebir largas esperanzas. Odas, Lib. I). Habría quienes, por el designio de terceros, no podrían concebir ninguna esperanza, porque su vida probablemente efímera, será llegado el momento, abruptamente truncada.”

Cita Alberto Rodríguez Varela en “La Persona por Nacer en la Perspectiva de la Corte Suprema”- Comunicación del académico en sesión privada de la Academia nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de junio de 2001: “En 1994 “L’Observatore Romano” clamó nuevamente contra las discriminaciones que efectúan los hombres que se consideran con derecho a determinar cuáles vidas humanas pueden ser impunemente segadas y cuáles restos humanos serán enterrados con honores fúnebres, arrojados a tachos de desperdicios o utilizados en laboratorios y en la industria cosmética.”

Si bien existen distintas teorías para determinar desde cuándo comienza la vida humana, nuestro Código Civil, cuya sanción data de 1869, evidencia la voluntad tuitiva del ser humano desde sus orígenes (artículos 63 y 70). Aunque refiere a la concepción en el seno materno, cabe interpretarla como no exclusiva, por aplicación del principio de progresividad, en tanto la técnica que en el *sub examine* originara el proceso, resultaba impensada para la época de Vélez Sársfield.

La CSJN tiene dicho que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana (F: 302:1284 “Saguir y Dib”; F:310:112, considerando 4º “Cisilotto; F: 323:1339 “Asociación Benghalensis”; F: 325:292 “Portal de Belén”, entre otros).

La Carta Magna Federal no habla en forma explícita de lo que es obvio, y es obvio que el derecho a la vida es el sustento de los demás derechos.

La Constitución Bonaerense en su artículo 12 consagra que "todas las personas gozan del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural."

Ahora bien, por conducto del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Fundamental Federal, resultan normas de aplicación en el derecho interno y en lo que al tema refieren, varias Convenciones y Tratados Internacionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en los artículos 1 inc. 2; 3, 4, 5 inc. 1; 17.4; 19, 24 refiere a la persona y sus derechos. Es relevante el art. 4 que prescribe: "Derecho a la Vida. 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."

También dice que toda persona tiene derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral (art. 5 inc. 1).

Es de resaltar el art. 17.4 que establece que "...se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos."

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - Aprobada por la Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948 expresa en el Artículo I: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona."

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966, comienza por establecer en el Preámbulo la dignidad humana como base de los derechos: "...Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,...

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana..."

Entre sus artículos, resalto los que hacen al tema bajo análisis: Art. 12.1: "Los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de Diciembre de 1996, refiere en el art. 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."

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 20 de Noviembre de 1989, en el Preámbulo destaca la protección legal que debe darse al niño por su falta de madurez física y mental, por lo que necesita de cuidados especiales tanto antes como después del nacimiento.

El art. 3.1. dice: "En todas las medidas concernientes a los niños que se tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar..."

El art. 6.1. prescribe: "Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Vale aquí señalar que la Ley 23.849, al aprobar la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 2º refirió que al ratificar la Convención, "...deberán

formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...."

Como vemos, en el derecho interno, existen normas que obligan a respetar la vida desde su comienzo.

Al tratar de conciliar los términos de la ley y el derecho de las personas que se concebirán por ese medio artificial, con el agravante que no todos los embriones tendrán la chance de ser "elegidos" en el proceso de selección para su implantación, no dudo que debo estar por el de los seres humanos que no tendrán posibilidad alguna de ver respetados sus derechos a la vida y dignidad.

El derecho a la dignidad ha sido definido como el que tiene todo hombre a ser considerado como un fin en sí mismo, y no como un medio o instrumento de otros (confr. Manual de la Constitución Argentina, Miguel Ekmekdjian, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 91).

g) Entiendo que se presenta en el caso, una contraposición de derechos: el establecido por la ley al acceso en el ámbito de nuestra provincia a las prácticas de fertilización asistida por alta complejidad, coincidente con la pretensión de los amparistas, frente a la vida y la dignidad de los embriones, en definitiva, hijos por nacer.

Cifuentes Santos, cita la opinión de Borda y refiere a que el descarte de embriones, oculta la verdadera naturaleza del hecho que es el atentado contra la vida de la persona humana y ésta es tal desde que ha sido concebida (Código Civil Comentado y Anotado, Tomo I, págs. 70/73, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003).

En función de la objeción de conciencia (art. 19 CN) opto por la protección de la vida y dignidad de los terceros comprometidos por la práctica, apartándome de este modo, de la aplicación de la ley, proponiendo por todo ello, confirmar la sentencia de grado.

En base al análisis efectuado y teniendo en cuenta el apartamiento en la aplicación de la Ley 14.208, configurando especiales circunstancias, propongo distribuir las costas de esta instancia por su orden (art. 68 segundo párrafo CPCC, art. 25 Ley 14.192).

ASÍ VOTO.

El Juez Dr. Schreginger dijo: -

Que, por similares consideraciones que las expresadas por el Dr. Cebey, VOTO en igual sentido.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Cámara **Resuelve:**

1º Por mayoría, revocar la sentencia en crisis, acogiendo el amparo con los alcances dados en el voto que conforma la mayoría.

2º Por mayoría, imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 19 Ley 14.192).

3º Vuelvan los autos para el Acuerdo a los fines del tratamiento de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Regístrese, notifíquese por Secretaría.

DAMIÁN NICOLÁS CEBEY

CRISTINA YOLANDA VALDEZ

(disidencia)

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER

ANTE MÍ: