

Título: ¿Una oportunidad perdida? Algunas reflexiones acerca del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "L. E. H. y otros v. O.S.E.P. s/ amparo"

Autores: Bladilo, Agustina - Salituri Amezcua, Martina

Publicado en: RDF 2016-I, 09/02/2016, 8

Cita Online: AR/DOC/5643/2015

Sumario: I. Palabras iniciales.- II. Los antecedentes del caso.- III. El DGP y su (no) cobertura en el marco de la legislación de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. Los derechos en juego.- IV. Vinculaciones con el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación: lo que no fue. La interpretación coherente y sistémica del ordenamiento jurídico argentino.- V. A modo de cierre

(*)

(**)

I. Palabras iniciales

El 1 de septiembre del año 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup.) se pronunció en los autos "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L. E. H. y otros v. O.S.E.P. s/amparo", en relación a la exigibilidad de cobertura por parte de los servicios de salud de la técnica médica de diagnóstico genético preimplantatorio o preimplantacional (DGP), en el marco de un tratamiento de técnicas de reproducción humana asistida.

Antes de avanzar, resulta inevitable saber a qué nos referimos cuando hablamos de DGP. Según el glosario de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es el análisis de cuerpos polares, blatomeras o trofoctodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales y/o cromosómicas. Traducido para legos en el área médica, la técnica versa básicamente sobre el estudio de material genético y embriones in vitro con el fin de detectar alteraciones y malformaciones y, en consecuencia, poder seleccionar aquellos que sean viables y estén libres de afección.

El DGP es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar estas alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona. Por ende, esta práctica no implica modificación genética de los embriones.

La cuestión sub lite nos plantea, desde el plano jurídico, al menos dos grandes ejes para el análisis: el derecho a la salud reproductiva, por un lado, y el estatus jurídico del embrión in vitro (o extra corpóreo), por el otro.

Cabe advertir, sobre todo en relación al segundo punto o eje, que intentaremos sostener nuestra argumentación a través de fundamentos jurídicos y bioéticos exclusivamente. Aclaración no menor cuando sabemos que, al hablar de la naturaleza jurídica del embrión, se "cuelan" posiciones de base metafísico-teológica, en las cuales lo que se discute es una cuestión de absolutos. Criterios, estos últimos, que no son admisibles de ser impuestos a través de la forma de regular jurídicamente determinados temas en el marco de un Estado social, plural y democrático de derecho.

A continuación, pasaremos en primer lugar a detallar la plataforma fáctica del caso y las distintas instancias judiciales por las que atravesó el reclamo hasta llegar al fallo de la Corte Federal y, luego, sobre esta base de antecedentes, nos abocaremos a esbozar los argumentos jurídicos que exige el análisis de los dos ejes propuestos.

II. Los antecedentes del caso

El caso judicial se inició con la acción de amparo presentada por una pareja mendocina. Se trató de un matrimonio que había acudido a un centro médico para ser padre y madre a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por cuestiones de salud, ya que necesitaban del soporte médico para poder ejercer sus derechos reproductivos.

Los miembros de la pareja, por indicación profesional, consintieron someterse progresivamente, desde el año 2011, a tratamientos tanto de baja (1) como de alta (2) complejidad, llegando a realizarse procedimientos de fertilización asistida in vitro (FIV) por técnica de inyección introcitoplasmática (ICSI) con material genético (óvulo y espermatozoide) propio, transfiriéndose los embriones así generados en el útero de la amparista, sin obtener en ningún caso resultados positivos. Los estudios médicos indicaron que el otro amparista tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por defecto intercromosómico, los cuales originaban embriones anormales causantes de infertilidad y/o nacidos con cromosomopatías.

En consecuencia, los profesionales intervinientes determinaron que, de acuerdo a los avances de la ciencia médica, la solución sería consultar con un médico genetista, quien sugirió realizar la técnica de DGP a los embriones generados para poder determinar cuáles de ellos son viables y cuáles no y, de esta manera, transferir al útero aquellos embriones viables que puedan resultar en un embarazo y no los inviables, que conducirían a más abortos espontáneos con el sufrimiento y las consecuencias perjudiciales que todo ello conlleva en la salud y en la integridad física y psíquica de la mujer. Se expuso que el método de abordaje ICSI con DGP recomendado debía ser realizado a la mayor brevedad posible debido al deterioro progresivo en la condición de fertilidad del señor.

Frente a ello, la pareja solicitó —en el año 2012— a su obra social OSEP (Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza) la cobertura médica de este tratamiento, en su calidad de beneficiarios, lo cual les fue denegado por dicha entidad.

Negativa que motivó la referida acción de amparo, a través de la cual se pretendía que se condene a OSEP a otorgar cobertura integral (100%) de la prestación de FIV/ICSI con DGP mientras su estado de salud lo requiriera y lo prescriba el profesional médico asistente, sin límites en la extensión de la cobertura y hasta lograr un embarazo (incluyendo la medicación y los gastos que ello demande). Fundaron su pretensión en el derecho a la salud, la procreación y la familia y a los servicios sociales necesarios para efectivizar estos derechos.

Este pedido fue desestimado en las distintas instancias judiciales, llegando a la máxima instancia provincial mediante un recurso de inconstitucionalidad local, el cual fue rechazado por la sala 1ª de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (conformada por los jueces Pérez Hualde, Nanclares y Palermo) por mayoría, en fecha 30 de julio del año 2014. Ante lo cual, los actores interpusieron recurso extraordinario federal cuya denegación originó la pertinente queja ante la Corte Sup.

1. El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Sucintamente, la fundamentación del Máximo Tribunal provincial para decidir el rechazo se basó en que la legislación vigente no contempla la técnica DGP entre las prestaciones incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) a cargo de las entidades de cobertura médica. A su turno, el voto concurrente y ampliatorio del magistrado Pérez Hualde indicó que la vida humana es protegida desde la concepción, independientemente de si el embrión ha sido implantado en el seno materno. En este marco, argumentó que aprobar la cobertura del método solicitado por los recurrentes, que implica la selección de los embriones a implantar y el descarte de los restantes, atentaría contra la protección constitucional a la vida humana [\(3\)](#).

El juez señaló, en este sentido, que de una correcta interpretación de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Artavia Murillo v. Costa Rica" [\(4\)](#) se extraería que lo expresado allí sobre el comienzo de la existencia de las personas habría sido a título de obiter dictum [\(5\)](#) y que no podría colocarse esta doctrina de la Corte por encima de lo que prevé la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En la misma línea, destacó que incorporar la doctrina del fallo "Artavia Murillo", producido en un proceso del que nuestro país es totalmente ajeno y que por ello no lo obliga, provocaría cambios en la Constitución Nacional (CN) con base en opiniones de un tribunal internacional que se desempeña en el marco de una convención cuya finalidad es complementar sin modificar nuestro plexo de valores constitucionales.

El voto en disidencia fue pronunciado por el magistrado Palermo, quien sustentó su postura favorable a la admisión de la pretensión de los amparistas fundándose en precedentes jurisprudenciales nacionales, donde casos similares han sido resueltos favorablemente, y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso "Costa y Paván v. Italia" [\(6\)](#), donde se resolvió que la prohibición del DGP importaba una violación del derecho a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Finalmente, expuso que el método ICSI, permitido en el derecho argentino, en ciertos casos abarca la selección azarosa de los embriones que serán implantados en el útero de la persona. En virtud de ello, sostuvo que la selección embrionaria en el DGP no constituye una razón válida para excluirlo de la cobertura prevista en la ley nacional 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (también llamada ley de cobertura en materia de TRHA). Puntualizó que el DGP no es de carácter experimental y que la selección apunta a implantar aquellos que tengan mejores probabilidades de favorecer el desarrollo del embarazo.

2. El fallo de la Corte Sup.

Con este recorrido llega el recurso de queja ante los estrados de nuestra Corte Federal. Los recurrentes plantearon sus agravios sosteniendo que la sentencia del Máximo Tribunal mendocino desconoció su derecho

fundamental y humano de acceso integral a las TRHA en los términos desarrollados por la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo", como también sus derechos fundamentales y humanos a la salud, a formar una familia, al desarrollo de la personalidad y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos (cuestión federal constitucional y convencional directa), y sosteniendo asimismo la existencia de una cuestión federal infraconstitucional vinculada con la interpretación y aplicación de la ley nacional 26862 y su reglamentación.

El dictamen de la procuradora general de la Nación se pronunció sobre la obligación, a cargo de OSEP, de cubrir de modo integral la prestación solicitada por los actores. Entre su fundamentación encontramos los siguientes argumentos: a) que el objeto de la ley 26862 es respetar y garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva, a formar una familia y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos; b) que 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"⁽⁷⁾; c) que tiene virtualidad jurídica lo resuelto por la Corte IDH en el fallo "Artavia Murillo"; d) que el método ICSI se encuentra previsto por nuestro ordenamiento jurídico, el cual puede implicar la preparación de embriones que eventualmente no serán implantados, por lo cual ésta no es una razón suficiente para otorgar un trato diferente al DGP.

Sobre esta base, entendió que la sentencia recurrida "interpretó en forma errónea la ley 26862 en cuanto concluyó que la técnica DGP no estaría incluida en la citada ley. Esa interpretación, además, implica quitarle a la pareja actora la oportunidad de tener hijos biológicos, así como negarle su derecho a la salud sexual y reproductiva, a formar una familia y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos"⁽⁸⁾.

La Corte Sup., en primer lugar, determinó la habilitación de la instancia y el examen de los agravios, al entender que existía materia federal suficiente. Luego reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud reproductiva, no obstante lo cual reparó en que el derecho no es absoluto y, por ende, debe ser ejercido con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no sea alterado en su sustancia (art. 28, CN).

Sobre esta base, al analizar la ley 26862, la Corte Federal entendió que la prestación del DGP no aparecería incluida dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio. Que tampoco se encontraría abarcada por el decreto reglamentario de esta ley, 956/2013, ya que, al definir y explicitar el alcance de las definiciones contenidas en la ley, especialmente la noción de "técnicas de alta complejidad", omite toda referencia al DGP. Y que, finalmente, tampoco esta técnica habría sido autorizada por la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud de la Nación) en virtud de su facultad legal para ampliar la nómina de prestaciones incluidas en la cobertura (art. 2, in fine, ley 26862).

Así, la Corte Sup. consideró que es competencia del Ministerio de Salud autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos por la ley. Por lo que sostuvo que resulta inadmisibles que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación de la técnica del DGP al catálogo de procedimientos autorizados, delineando de este modo las distintas órbitas de competencia del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

Con relación al tema de la naturaleza jurídica del embrión, la Máxima Instancia nacional omitió su mención y tratamiento, circunscribiendo su pronunciamiento únicamente a la cobertura del DGP. En los considerando del fallo, la Corte Sup. señala que "en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos 307:1457; 315:1492; 330:2416, entre muchos otros) sin necesidad de abordar todos los temas propuestos ⁽⁹⁾ sino aquellos que sean conducentes para una correcta solución del caso". Esta podría ser una primera pauta para intentar responder el interrogante que titula este comentario.

En consecuencia, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada, sellándose así la denegación en el ámbito interno a la solicitud de los amparistas.

III. El DGP y su (no) cobertura en el marco de la legislación de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. Los derechos en juego

La noción de salud es definida por la OMS como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades ⁽¹⁰⁾. El derecho a la salud se entiende comprendido dentro de los llamados derechos económicos, sociales y culturales ⁽¹¹⁾ y es reconocido, principalmente, en el art. 12 del PIDESC ⁽¹²⁾ y el art. 10 del Pacto de San Salvador ⁽¹³⁾, entre otros preceptos de nuestro ordenamiento vigente.

Del género "derecho a la salud", ampliamente reconocido en el ámbito constitucional (14), la salud sexual y reproductiva entraña las capacidades de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, así como la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo, cómo y con qué frecuencia.

Los derechos sexuales y reproductivos se instalan como temática trascendental en la agenda político-estatal a partir de las Conferencias Internacionales de Mujeres, concretamente en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) llevada a cabo en El Cairo en el año 1994. De esta manera, "los Estados reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y las naciones"(15).

Como bien lo resalta la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo", estos derechos, a su vez, comprometen otros derechos de igual jerarquía. Basándose en el art. 7 y el art. 11 de la CADH, el tribunal determina que "la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (...), el derecho a la vida privada se relaciona 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. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud".

Una vez desplegados estos derechos, la Corte IDH se refiere a la parte práctica y concreta del acceso efectivo a los servicios médicos adecuados para cumplir estos fines en los siguientes términos: "(f)inalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer a ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas"(16).

Como parte integrante del derecho a la salud y en íntima vinculación con el derecho a formar una familia, se ha reconocido a los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales, ya sea en su faz negativa —derecho a no procrear— como es su faz positiva —derecho a procrear—.

La decisión de procrear constituye parte de la libertad reproductiva de las personas, en relación a la elección del contexto en el cual reproducirse: con qué medios, con quién, cuántos hijos, el intervalo entre ellos, etc. En este sentido, se ha dicho en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos llevada a cabo en Teherán en 1968 que "los padres tienen el derecho humano básico de determinar libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento entre las generaciones y el derecho a una adecuada educación e información al respecto".

En función de lo dicho precedentemente, lo sostenido por la Corte Sup. en relación a que la técnica solicitada por los actores (DGP) no estaba expresamente incluida en el PMO no podría ser, por sí solo, argumento suficiente para la denegación de su cobertura. Ello toda vez que la misma Corte Federal, en otros casos donde también se discutía la cobertura de prestaciones sanitarias, ha sostenido que "el PMO no debe considerarse como un techo sino como un piso que contiene una enumeración no taxativa de prestaciones mínimas que resulta indispensable cubrir, ya que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria"(17).

Si las prestaciones que enumera el PMO no deben interpretarse de manera rígida o ser consideradas un "techo", no se desarrolla adecuadamente la razón por la cual el DGP no entraría dentro de esta interpretación más flexible, máxime cuando la ley 26862 regula expresamente el "acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida". La propia tésis de la ley impone la mirada amplia por sobre la restringida, ya que es la finalidad misma de la ley el acceso de manera "integral".

Podríamos considerar, entonces, que la falta de previsión expresa de la técnica no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la obra social de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta de que los derechos que los accionados estiman vulnerados son "derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente. Las prestaciones que se reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado y sin posibilidad de ser modificado en el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de 'calidad de vida' que es esencialmente cambiante. Así ha sucedido con tratamientos de varias enfermedades, que atento al avance dinámico de la ciencia fueron luego incorporados al PMO, como son los trastornos alimenticios, psoriasis, diabetes, entre otras"(18).

No obstante, el argumento de la Corte Federal en el fallo en análisis pasaría por entender la no inclusión del

DGP en el catálogo normativo de prestaciones debidas en conexión con la potestad reglamentaria del ejercicio de los derechos constitucionales en la medida en que no se altere su sustancia, de conformidad con el art. 28, CN. Ahora bien, en este caso en concreto, la no habilitación a la cobertura del DGP, ¿implica o no la negación misma del derecho para estos amparistas?

Tal como surge de la plataforma fáctica expuesta, por evaluación médica, se le indica a esta pareja la práctica del FIV/ICSI con la técnica de DGP a fin de que puedan lograr un embarazo en condiciones de viabilidad; es decir que, en caso contrario, no podrían ejercer sus derechos reproductivos. En este contexto, y frente a la negativa de la obra social, la única opción que les restaría sería costearse privadamente el tratamiento, estableciéndose, así, una distinción inconstitucional en virtud de su condición socioeconómica, en franca violación del principio de igualdad.

Esto es advertido por el magistrado Palermo en su voto disidente al fallo de la Corte mendocina, al argumentar que "se generaría una inadmisibles desigualdad entre quienes pueden y no pueden pagarlo: los sectores sociales más desprotegidos serían los únicos que deberían sufrir los padecimientos de las graves enfermedades genéticas de sus hijos que el método que aquí se cuestiona podría evitar (y ello sólo en el caso que no se genere un aborto espontáneo). Una desigualdad semejante no puede ser tolerada".

Coincidentemente, es estándar de la Corte IDH (en el fallo "Artavia Murillo") la no discriminación por razones socioeconómicas en el acceso a los derechos a formar una familia y a gozar del desarrollo de la ciencia médica.

En este sentido, y dentro del marco del control de constitucionalidad difuso que el Poder Judicial es llamado a realizar, no pueden desconocerse las implicancias que conlleva la justiciabilidad de los derechos sociales, como es el derecho a la salud. Así, es claro el rol que en la división de poderes compete al Legislativo y al Ejecutivo en la definición de la política pública y en la asignación de recursos presupuestarios para la efectividad de los derechos reconocidos, pero ello no implica desconocer el rol subsidiario del Poder Judicial cuando, frente al caso concreto, el derecho es negado. Por lo cual las posibilidades legislativas de ejercicio de los derechos fundamentales están sujetas al control de constitucionalidad y convencionalidad que deben ejercer los tribunales.

Abramovich y Courtis han sostenido que "la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por su naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente"[\(19\)](#).

Sobre la base de esta idea, la misión judicial no debe agotarse con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional [\(20\)](#).

Por otra parte, no podemos dejar de advertir que las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos y no meramente a través de las actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes: "el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas"[\(21\)](#).

Finalmente, tampoco se nos escapa que, en materia de asignación presupuestaria para garantizar la efectividad y acceso a derechos, los recursos son finitos. Pero ello no hace menos cierto que el principio republicano exige una debida fundamentación constitucional/convencional que justifique este reparto. En esta idea, entendemos que la futura reglamentación de este reparto por parte de los poderes políticos (Ejecutivo y/o Legislativo) necesariamente deberá tener en cuenta la realidad social y los recursos disponibles. Sin que ello implique desatender los estándares de derechos humanos que imponen la protección de aquellas personas más desaventajadas o vulnerables frente al acceso a sus derechos. Una necesidad de diálogo entre derechos humanos y presupuesto se impone como una arista más a considerar al momento de abordar estos temas.

En otras palabras, lo recepta el art. 8 del decreto reglamentario 956/2013 al decir que "(1)a autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos,

procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías".

Todas las aristas que se visibilizan al analizar estos temas —los derechos en juego, su efectivización, su asignación presupuestaria, su exigibilidad, su razonada reglamentación, su ponderación con otros derechos— no hacen más que dar cuenta de la complejidad de estos casos, evidenciando la necesidad de un actuar conjunto y coordinado de los tres poderes del Estado para el cumplimiento, en forma razonable y en el marco de sus competencias, de los compromisos internacionalmente asumidos. Puesto que "en cualquiera de las instancias en donde se interpele al Estado para garantizar derechos, los organismos interpelados deben responder con la capacidad necesaria y en función del desafío planteado. La capacidad requerida debe construirse en todas las esferas estatales, en términos de la garantía institucional de acceso a la justicia en un sentido amplio, involucrando a los organismos ejecutivos y judiciales, en la medida en que están todos invocados en el cumplimiento de los derechos"[\(22\)](#).

IV. Vinculaciones con el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación: lo que no fue. La interpretación coherente y sistémica del ordenamiento jurídico argentino

El art. 19 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial [\(23\)](#) fue uno de los artículos más debatidos en el marco de la discusión del nuevo Código Civil y Comercial (CCiv.yCom.), aprobado por ley nacional 26994 del 8 de octubre de 2014. Muestra de ello es que su redacción varió en casi todas las etapas por las que atravesó el proyecto.

En su versión original este artículo rezaba: "(1)a existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". La primera frase respondía a la tradición jurídica argentina. La segunda frase se presentaba como una de las tantas novedades de la reforma para responder a la necesidad de regular el uso de las TRHA, que se venían realizando por más de treinta años en el país sin previsión legal alguna. Los principios de realidad y seguridad jurídica habían evidenciado la crisis que este vacío legal generaba en el derecho positivo. Así, la fórmula propuesta era consonante y coherente con la regulación de la filiación derivada de las TRHA también contemplada en el proyecto [\(24\)](#).

De la revisión efectuada por el Poder Ejecutivo, se eliminó —con buen criterio— la desafortunada frase "en el seno materno", mejorando la fórmula y haciendo del Código un cuerpo coherente con las leyes especiales sancionadas, en el caso, la Ley de Identidad de Género (26743). Se trata de la ley más avanzada a nivel mundial en la materia, ya que garantiza el respeto y la protección de este derecho desde su desjudicialización y despatologización, al permitir, sobre la base de la autopercepción de la persona humana, cambiarse el género en el registro civil (autoridad administrativa) sin necesidad de acreditar intervención quirúrgica de reasignación de sexo ni tratamiento médico ni psicológico alguno. En este contexto, se advierte que podría haber algún supuesto fáctico-jurídico por el cual una persona que al nacer fue identificada con el sexo femenino solicite la rectificación de su identidad de género al masculino y, en caso de no haberse sometido a intervención quirúrgica alguna, pueda quedar embarazada. En este supuesto, no correspondía entonces hablar de "seno materno", pues el niño o niña que nazca será engendrado en el útero de su padre.

Finalmente, en el debate parlamentario se extrajo la segunda oración del artículo, quedando él redactado de la siguiente manera: "(1)a existencia de la persona humana comienza con la concepción". Y estableciéndose, por otra parte, en la disposición transitoria segunda (art. 9 de la ley 26994 de aprobación del CCiv.yCom.), que "(1)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial". Ante este panorama, hay quienes pretenden hacer de esta fórmula una más conservadora que pudiera traducirse en considerar al embrión no implantado como persona [\(25\)](#), si bien lo cierto es que jurídicamente no lo es [\(26\)](#); y como se adelantó al inicio de este comentario, es esta última la posición que intentaremos sostener sobre la base de sólidos argumentos jurídicos y bioéticos, dejando de lado cualquier consideración basada en una determinada perspectiva moral y/o religiosa que, como tal, devendría inaceptable para regular derechos en una sociedad diversa y plural como es la argentina.

Sobre este punto, la Corte IDH ha sostenido que las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la CADH, pues ello implicaría poner un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten [\(27\)](#).

Cabe hacer una aclaración previa, la cuestión a debatir aquí no debe centrarse en cuándo comienza y termina la vida humana, conceptos que deberían dilucidarse desde el campo médico (donde, dicho sea de paso, tampoco se ha arribado a un consenso sobre el tema), sino establecer cuándo comienza y termina la protección legal, jurídica, de la vida humana, cuál será la intensidad de esa protección y si esa protección es idéntica o no en los distintos momentos o estadios de la vida humana, distinguiendo dentro de este marco a partir de cuándo el derecho civil considera que hay persona jurídicamente hablando.

En este sentido, la naturaleza o estatus que se le otorga al embrión in vitro tiene consecuencias inmediatas en lo que respecta a las TRHA que ofrece o puede ofrecer cada sociedad y al alcance de la investigación que colabora con el progreso de la ciencia.

Frente al cometido que nos hemos propuesto, en primer lugar y por considerarlo como uno de los argumentos de mayor relevancia jurídica, debemos traer —nuevamente— a colación el pronunciamiento de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo". Allí se resolvió que resultaba violatoria de la CADH la resolución de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que anuló el decreto que permitía la realización de la técnica FIV.

Para fallar de este modo, la Corte IDH consideró que la "concepción", en el sentido del art. 4.1, CADH (28), 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 de dicho artículo.

Entendiéndose que existen dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación o anidación (cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero). Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, 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 una persona sus posibilidades de desarrollo son nulas. La experiencia indica que en el ámbito de los tratamientos de fecundación in vitro el término "concepción" se reserva para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y se logra el embarazo.

Concluyó, además, de las palabras "en general" contenidas en el referido art. 4.1 que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino que 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 (29).

Quienes intentan apartarse de la obligatoriedad que supone para la Argentina los fallos de la Corte IDH so pretexto de que no se trata de un caso que involucre al país (30), confunden: por un lado, la ejecución de la sentencia, es decir, la obligación de cumplir en el caso concreto los puntos resolutivos y afrontar las reparaciones, lo cual claramente corresponderá al Estado sobre el cual recayó la condena y, por el otro, la línea interpretativa que sienta el pronunciamiento, el cual sí es de carácter vinculante para los países signatarios de la CADH, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿O acaso la Corte IDH deberá fallar tantos "Artavia Murillo" como Estados signatarios haya? Esto nos llevaría al absurdo de sostener que la Corte debería pronunciarse sobre el mismo tema frente a cada Estado Parte para sentar estándares en el sistema interamericano.

Por otra parte, esta cuestión ha sido también zanjada desde hace tiempo por nuestro texto constitucional y por la interpretación que de él ha hecho la Corte Sup. en reiterados fallos. A partir de la reforma constitucional de 1994, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional deben ser aplicados "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, CN), esta frase implica aplicarlos en la forma en que han sido interpretados por el órgano internacional competente creado por el mismo tratado para su seguimiento; en el caso de la CADH, la Corte IDH.

Así ha dicho la Corte Federal en el caso "Mazzeo" (31) —y en otros tantos (32)— que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual importa una "insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (33).

No es otra cosa que el obligado test de convencionalidad (34) que deben hacer los jueces de la República Argentina, aun oficiosamente; y en esa labor deben atender a la interpretación que la Corte IDH hace de la CADH. Criterio reforzado en los arts. 1 y 2 del CCiv.yCom. en relación a las fuentes de derecho, aplicación e interpretación que deben hacer los jueces a los fines de resolver fundadamente (art. 3, CCiv.yCom.) los casos que lleguen a sus estrados.

Por otro lado, el art. 19 forma parte del Código, por lo que se impone su interpretación intrasistémica. En este sentido, el art. 20 entiende por concepción al plazo que corre entre el mínimo y el máximo para el embarazo, es decir que se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Fácil se advierte que no habrá embarazo sin, al menos, implantación del embrión en la persona.

Desde el punto de vista cotidiano o del sentido común, la frase "concebir un niño" es de uso corriente y se la utiliza y entiende comúnmente para referirse a un embarazo actual. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba es positiva, es decir, unos diez a catorce días después de la concepción (35).

A su vez, el acto de implantación del embrión es tomado por otros artículos del CCiv.yCom. como momento determinante para habilitar derechos; por ejemplo el art. 21, al supeditar los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer (36) al nacimiento con vida. O en el capítulo 2, título V, del Libro segundo, donde se regulan las reglas relativas a la filiación derivada de TRHA, los arts. 560 y 561 refieren a la renovación del consentimiento para cada tratamiento y, como contracara, a la posibilidad de revocar mientras no se haya producido la implantación. Entonces, si el embrión no implantado fuese persona y frente a la posible no renovación o a la revocación del consentimiento, ¿el Estado —como garante último de los derechos— tendría que salir "en la búsqueda" de úteros para implantar estos embriones, ya que, al ser personas, tienen un derecho a nacer? O bien, ¿se debería obligar a la persona a que se implante esos embriones contra su expresa voluntad?

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, más elocuente aún resulta que la protección del embrión no implantado deba regularse en una ley especial (conforme la disposición transitoria segunda), es decir, por fuera del Código. ¿Cómo podría, entonces, regularse por fuera del cuerpo normativo que tiene como eje central la persona humana a la "persona del embrión"?

Siguiendo la misma línea interpretativa, desde una lógica de coherencia sistémica con el resto del ordenamiento jurídico vigente, la ya mencionada ley 26862 de acceso integral a las TRHA, sancionada en el año 2013, y su decreto reglamentario 956/2013, regulan tres permisiones legales claves: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. Si las obras sociales y prepagas están obligadas por ley a cubrir, entre otras prestaciones, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que, según esta normativa que no ha sido tachada de inconstitucional, el embrión in vitro no es considerado persona.

Por su parte, el campo del derecho penal también nos aporta argumentos en esta tesitura. Por ejemplo, a los fines de la tipificación del aborto, es necesario que tengamos como presupuesto de hecho una persona embarazada. Y sólo hay embarazo desde el momento de la anidación (37), es decir, desde que el embrión está "alojado" en el útero de la persona, dado que —hasta el momento— no existe la posibilidad de que un embrión se desarrolle y convierta en ser humano de manera extracorpórea, sino que debe ser implantado en un útero. Las distintas figuras delictivas que protegen el bien jurídico "vida humana", que van desde el homicidio pasando por el aborto y la ayuda o instigación al suicidio, hasta llegar al homicidio justificado por la legítima defensa han recibido, cada una, una pena de prisión o reclusión totalmente distinta o hasta incluso la exención de la pena (38). En este contexto nos preguntamos, frente a una falla técnica en el laboratorio donde se pierden 500 embriones criopreservados, ¿las personas responsables del centro serían acusados de haber cometido un homicidio masivo? (39).

La jurisprudencia nacional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a la cobertura del DGP, donde también se discutió la naturaleza jurídica del embrión no implantado: "(e)n orden a la selección de embriones, que los mismos reparos éticos que se reprochaban a este procedimiento, se plantearon respecto de la técnica FIV que tiene protección legislativa, en el que también se elige implantar aquéllos de mejor calidad. (...) No todos (los embriones in vitro) llegan a desencadenar un embarazo humano, pues si no se introducen en el cuello del útero, son insusceptibles de progresión reproductiva. De allí que, porque se reconozca que el cigoto (...) pueda, en su caso, devenir en ser humano, no por ello es ser humano en estado embrionario"(40).

1. ¿Y la protección?

Cuando decimos que el embrión no implantado no es persona, no implica su automática subsunción dentro de la noción de "cosa" o "bienes", sino que tiene una naturaleza sui generis, distinta a las cosas desde el momento en que tiene la potencialidad de crear vida o ser parte relacionada de ella, sin ser persona humana en sí misma. De ello depende el alcance y tipo de protección que se le dará.

La clásica división del derecho privado entre persona y cosa no se muestra convincente para dar una respuesta aceptable al tema analizado. El reconocimiento de la dignidad atribuida al cuerpo, como soporte de la persona humana, y a las partes de él implica un tratamiento jurídico diferenciado respecto de éstas. Este trato

diferenciado se asienta primordialmente en la prevalencia del principio de no comercialidad (41). En este sentido, deberíamos analizar la protección del embrión en un paralelo con otras partes del cuerpo que se relacionan con la vida, como ser la sangre y los órganos en general, sobre los cuales recae el mismo interrogante, aunque pocos lo cuestionen tanto como lo hacen con el embrión in vitro.

Labrousse Riou señala que el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla no por lo que representa ontológicamente sino por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad (42).

En este marco, y como ya hemos señalado precedentemente, la protección del embrión no implantado no ha sido prevista por el CCiv.yCom. sino que se ha delegado a una ley especial, lo cual resulta coherente con su naturaleza jurídica sui géneris, ya que la regulación civil se encarga esencialmente de prescribir derechos respecto de las personas y las cosas, dejándose reservada la regulación de otras materias a leyes especiales, como ocurre con la ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos o la ley 22990 de Sangre.

Sin perjuicio de que esta ley aun no ha sido sancionada, el CCiv.yCom. ya nos acerca algunas pautas a tener en consideración a la hora de pensar la regulación protectoria. En concreto, el art. 17 prescribe que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales. Entonces, el embrión, como parte separada de cuerpo humano, está fuera del comercio, y cualquier disponibilidad de él (por ejemplo, destinarlo a investigación) debe regirse por pautas que respondan a estos valores.

Por su parte, el art. 57 del CCiv.yCom. prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia. Aunque en materia terminológica se utiliza una fórmula amplia a los efectos de no quedar obsoleta, atento al rápido avance de la ciencia, lo cierto es que la prohibición estipulada en este artículo contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia (43).

No debemos confundir el alcance de esta prohibición con lo que implica la técnica del DGP, lo que se prohíbe es la alteración genética, no la selección, que, como vimos al definir el DGP, es lo que allí se hace. La técnica tiende, a partir de un estudio genético, a diferenciar los embriones portadores del gen vinculado con una anomalía (enfermedad genética o grave discapacidad) de los embriones que no la portan. Por lo tanto, el art. 57 del CCiv.yCom. no prohíbe el DGP.

En esta coherencia normativa, no podemos dejar de mencionar un proyecto de ley especial de regulación integral de las TRHA (44) (llegó a obtener media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación) que regulaba específicamente la protección de los embriones in vitro, de conformidad con la manda de la disposición transitoria de la ley de aprobación del CCiv.yCom. En consecuencia, este proyecto previó la prohibición expresa de: la selección de sexo de embriones con fines sociales; la comercialización de embriones; la creación de embriones únicamente con fines de investigación; todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos; la transferencia de embriones al útero de otra especie y viceversa; la investigación con embriones sin dar cumplimiento a los límites, requisitos y procedimientos de autorización que se establecían especialmente en su texto proyectado.

V. A modo de cierre

Llegados a este punto, y luego de haber analizado las cuestiones que se ponen en juego al discutir la cobertura de las TRHA, en especial el DGP, donde el planteo de la naturaleza jurídica del embrión no implantado es uno de los grandes temas que se encuentran detrás de la controversia, corresponde intentar responder el interrogante que titula nuestro comentario: ¿fue el fallo de la Corte Sup. una oportunidad perdida para que la máxima instancia judicial nacional "le ponga", como dice Marisa Herrera, "el cascabel al embrión"? ¿Qué es lo que está detrás de esta decisión?

La Corte Federal omitió hacer referencia alguna sobre este tema. En consecuencia, no podemos decir que haya sentado postura al respecto, ni siquiera implícita o tácitamente, ya que en forma expresa dejó aclarado que no tiene obligación de fallar sobre todos los argumentos vertidos por las partes o el a quo. Puede colegirse que se refería a este tema —el embrión no implantado— "tan sensible" sobre el cual decidió no pronunciarse en esta oportunidad, que —como todas— se halla inserta en un determinado momento histórico-social y político que ejerce su respectiva influencia.

El fallo, a diferencia del dictamen antecedente de la Procuración General de la Nación, resolvió no habilitar la cobertura del DGP recurriendo, para ello, a una visión que podemos llamar "clásica" o formalista en materia de justiciabilidad de derechos y de división de poderes.

La mera omisión de inclusión en la literalidad normativa como sólo justificante de la imposibilidad de

acción del Poder Judicial a fin de no invadir las esferas de los otros poderes resulta un argumento que nos deja sabor "a poco" en el marco de desarrollo actual del rol de los tribunales dentro de nuestro Estado social de derecho y, específicamente en lo que a este caso respecta, desde una visión constitucional-convencional de los derechos humanos a la salud sexual y reproductiva, a la familia y a beneficiarse de los progresos de la ciencia.

Recordemos, en este sentido, el refuerzo de esta manda constitucional a través de los arts. 1, 2 y 3 del CCiv.yCom. Es decir que, más allá de la parte resolutive de la sentencia (que obviamente impacta definitivamente sobre la posibilidad o no de ejercer el derecho por la persona en el caso concreto), la argumentación del fallo pareciera haberse quedado a mitad de camino.

En este contexto, la decisión de la Corte Sup. de no tratar la cuestión de la naturaleza jurídica del embrión no implantado dejaría el escenario jurídico exactamente igual a como estaba antes respecto de esta temática.

Para gran parte de la doctrina (45), imbuida de un fuerte compromiso en la constitucionalización y convencionalización del derecho civil, ésta podría haber sido una ocasión propicia para que el Máximo Tribunal de justicia federal termine de aclarar "lo obvio" a la luz de la fuerza vinculante del estándar fijado por la Corte IDH en "Artavia Murillo" y a la luz de la misma evolución de su propia doctrina en materia de protección jurídica del embrión en virtud del caso "F., A. L." (46).

Situación esta que también evidencia y visibiliza la demanda social que puja por el pronto dictado de una ley especial en materia de TRHA que termine de afianzar la seguridad jurídica y el debido respeto y protección de los derechos humanos implicados.

(*) Abogada UBA. Integrante del proyecto UBACyT 2013-2016, "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias".

(**) Abogada UBA. Becaria Doctoral CONICET. Docente UNICEN. Doctoranda en Derecho UBA. Integrante del proyecto UBACyT 2013-2016, "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos

(1) Se consideran técnicas de baja complejidad a 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. (Conf. art. 2, dec. nac. 956/2013).

(2) 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 de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. (Conf. art. 2, dec. nac. 956/2013).

(3) Punto I del dictamen de la procuradora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 4/5/ 2015, AP AR/JUR/28879/2015.

(4) Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ('fecundación in vitro') v. Costa Rica, sentencia del 28/11/2012.

(5) Argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo (Diccionario Real Academia Española). Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

(6) TEDH, "Case of Costa and Pavan v. Italy", Application nro. 54270/10, Strasbourg, 28/8/2012.

(7) Observación general 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".

(8) Punto V del dictamen de la procuradora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 4/5/2015, AP AR/JUR/28879/2015.

(9) El destacado nos pertenece.

(10) Conf. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y en vigencia a partir del 7 de abril de 1948. (Ha tenido reformas posteriores que se han incorporado al texto actual).

(11) Para más información ver: Ase, Iván y Buriyovich, Jacinta, "Una nueva gestión pública en salud: de la búsqueda de la eficiencia a la garantía de derechos", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), La medición de derechos en las políticas sociales, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2010, ps. 265 a 294.

(12) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(13) Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(14) El derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional en los arts. 14 y 33, CN, y en numerosos tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) desde la reforma de 1994. A modo enunciativo, algunos de estos tratados son: 1. la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo párr. 1 del art. 25, afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"; 2. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que contiene el artículo más exhaustivo que observa el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud, cuyo párr. 1 del art. 12 señala que los Estados parte reconocen "el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párr. 2 del mismo articulado, a título de ejemplo, indica diversas "medidas que deberán adoptar los Estados parte... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho"; 3. la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial reconoce el derecho a la salud en el inc. IV, apart. e, art. 5; 4. la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer también alude al derecho a la salud en el apart. f, párr. 1, art. 11, y en el art. 12, por citar algunos. Esta misma línea legislativa de regular de manera expresa el derecho a la salud la siguen varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16) y el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 10).

(15) Mignon, Belén, "Los derechos sexuales y reproductivos: la judicialización como estrategia obturadora en su efectivo ejercicio y reconocimiento", en Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (dirs.), CSJN. Máximos precedentes. Derecho de familia, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 572.

(16) Rosales, Pablo O., "Novedosa sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA: la 'fertilización humana asistida' como derecho humano y su aplicación en el derecho argentino", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2013, año V, nro. 2, ps. 198/223.

(17) Corte Sup., 1/6/2000, "Asociación Benghalensis y otras v. Estado Nacional" (Fallos 323:1339).

(18) Herrera, Marisa; de la Torre, Natalia y Bladilo, Agustina, "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida", AbeledoPerrot, 1/5/2013, SJA del 1/5/2013, p. 13; JA 2013-II. Citar AP AP/DOC/521/2013.

(19) Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, 2ª. ed., Trotta, Madrid, 2004, ps. 44 y 45.

(20) Corte Sup., 6/11/1980, "Saguir y Did, Claudia G. s/autorización" (Fallos 302:1284). Para ampliar, ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, "Derecho a la salud", mayo 2010. Disponible en: www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf.

(21) Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", disponible en: www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf, p. 15.

(22) Bertranou, Julián, "Capacidad estatal y judicialización de derechos sociales. Teoría y estrategia metodológica para su investigación", en Pautassi, Laura (dir.), Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal, Biblos, Colección Derechos Sociales y Políticas Públicas, Buenos Aires, 2014, ps. 217/252.

(23) Antecedente directo del Código Civil y Comercial de la Nación, hoy fuente de interpretación de éste.

(24) Lamm, Eleonora, "El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial", disponible en: www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-la-persona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/.

(25) Basset, Ú. C., "Consideraciones generales del proyecto unificador", ponencia presentada en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Herrera, D. A. y Lafferriere, J. N., "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida", Supl. Const. 2013 (abril), p. 16, LL 2013-B.

(26) Lamm, Eleonora, "El comienzo...", cit., p. 4.

(27) Corte IDH, "Artavia Murillo v. Costa Rica", párrafo 185.

(28) Art. 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos: "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".

(29) Corte IDH, "Artavia Murillo v. Costa Rica", párrafo 188.

(30) "La doctrina de la CIDH es orientadora necesaria en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención". Pero entienden que "la jurisprudencia del tribunal internacional no puede ir más allá que la Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Las sentencias de la Corte IDH recaídas en un proceso del que nuestro país es totalmente ajeno no nos obligan". Voto del Dr. Pérez Hualde en la causa Sup. Corte Just. Mendoza, 30/7/2014, "L., E. H. v. O.S.E.P s/acción de amparo p/apelación", MJ-JU-M-88714-AR | MJJ88714 | MJJ88714.

(31) Corte Sup., 13/7/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad".

(32) Corte Sup., 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino" (Fallos 335:2333); Corte Sup., 3/5/2005, "Verbitsky Horacio s/hábeas corpus"; Corte Sup., 7/4/1995, "Girolodi" (Fallos 318:514); Corte Sup., 12/9/1996, "Bramajo" (Fallos 319:1840), "Carranza Latrubesse" (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV), entre otros.

(33) Corte Sup., 13/7/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", considerando 20.

(34) En este sentido, la Corte IDH ha exigido a los órganos judiciales internos la realización del correspondiente control de convencionalidad, más allá del control de constitucionalidad, habiendo sentado en su doctrina jurisprudencial que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros v. Chile", 26/9/2006, párr. 124. En el mismo sentido, Corte IDH, "Trabajadores Cesados del Congreso —Aguado Alfaro y otros— v. Perú", 24/11/2006, párr. 128).

(35) Lamm, Eleonora, "El comienzo...", cit., p. 4.

(36) El destacado nos pertenece.

(37) Ciruzzi, María S., "Breve comentario a lo que no fue. La reforma del Código Civil y la reproducción asistida: una conducta errante, una oportunidad perdida", en Código Civil y Comercial de la Nación, suplemento especial, Erreius, Buenos Aires, 2014, p. 38.

(38) Ciruzzi, María S., "Breve comentario...", cit., p. 38.

(39) Juzg. Letrado Civ. n. 3 Montevideo, 22/2/2012, "I. F., M. y otros v. A. española s/daños y perjuicios. Responsabilidad médica". Dos matrimonios demandan a un centro de fertilidad por la pérdida de un total de siete embriones criopreservados, producto de una "falla mecánica" en el aparato de unidad y almacenamiento criogénico. En la misma demanda, los actores reclaman incumplimiento contractual por: 1) la falta de consentimiento informado y 2) la destrucción de embriones. Los matrimonios reclamaron daño moral propio por la pérdida de sus hijos y por iure hereditatis. En el caso de uno de los matrimonios, también reclamaron daño moral en representación de sus hijos por no poder tener hermanos. Con relación a la destrucción de embriones, la sentencia afirmó: "esta decisora considera innecesario profundizar y/o polemizar acerca de la terminología que utilizan los actores en la demanda cuando hablan de pérdida de hijos, hermanos, de niños, niñas, etc. Con el mayor de los respetos se dirá que en el caso estamos ante la destrucción de embriones humanos como lo explicaron los peritos en sus informes, que conllevó en la especie a la pérdida de la posibilidad de tener hijos para Marisel y de tener más hijos en el caso de su hermana Mabel".

(40) C. Fed. San Martín, 12/11/2014, "G., Y. S. v. O.S.D.E. s/prestaciones médicas", AP AR/JUR/52907/2014. Para ampliar, ver: C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 26/9/2013, "M. G. M. y otro v. Unión Personal Accord Salud s/amparo"; C. Fed. San Martín, 7/6/2011, "G. J. A. y otra v. OSDE s/amparo-incidente. Medida cautelar"; C. Fed. Mar del Plata, 29/12/2008, "N. N. y otra v. IOMA y otra", LL Online AR/JUR/20467/2008, y Juzg. Cont. Adm. n. 1 La Plata, 19/8/2010, "C. A. N. y otro/a v. IOMA s/amparo", eDial AA62B7. Los últimos tres fallos son casos donde se concedió la cobertura del DGP extensivo, donde la demanda del tratamiento no provenía de la necesidad de remediar una imposibilidad de concebir por medios naturales, sino de la necesidad de alcanzar la cura de un hijo ya nacido. Allí, entre otras cosas, se resaltó: "En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos. No se trata aquí de un matrimonio que sólo tiene deseos de concebir para satisfacer una expectativa paternal, sino de

encontrar una alternativa humanamente viable para poder eliminar las gravísimas secuelas de la enfermedad que padece su otro hijo ya nacido, tal como se da cuenta en estas actuaciones".

(41) Bergel, Salvador D., "Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo", disponible en www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf.

(42) Labrousse Riou, C., *Écrits de bioéthique*, PUF, París, 2007, p. 161.

(43) Lamm, Eleonora, "El comienzo...", cit., p. 11.

(44) Proyecto de ley nro. de expte. 4058-D-2014 firmado por los diputados: Mara Brawer (FPV), José Gagliardi (FPV), María Virginia Linares (GEN), Silvia Carolina Scotto (FPV), Araceli Ferreyra (FPV), Carla Carrizo (SUMA+UNEN), Ana Carolina Gaillar (FPV), Juan Carlos Junio (Nuevo Encuentro), José Daniel Guccione (FPV) y Adela Segarra (FPV). Recientemente (12/11/2015) ha perdido estado parlamentario.

(45) Ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", RLL del 28/12/2012.

(46) La madre de una niña de 15 años solicitó a la justicia de la provincia del Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de su hija, víctima de una violación perpetrada por el "padraastro" de la adolescente. El Superior Tribunal local, revocando lo decidido en primera y segunda instancias, admitió lo pedido al entender que encuadraba dentro de los abortos no punibles reglados en el Código Penal. La defensora oficial recurrió la decisión en representación del nasciturus, pese a que la práctica médica ya se había realizado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión del Superior Tribunal. La Corte Sup. consideró que la protección jurídica del embrión no es absoluta y, en consecuencia, es susceptible de ser ponderada con otros derechos humanos fundamentales. Para ampliar ver: Spaventa, Verónica, "Aborto no punible: con 'F. A. L.' un paso más en el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres", en Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (dirs), CSJN..., cit., t. IV, ps. 421/482.