

Suprema Corte:

—I—

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por los recurrentes y, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, que había denegado la cobertura integral del tratamiento de fertilidad solicitado por los actores (fs. 332/353 de las actuaciones principales, a las que me referiré salvo aclaración en contrario).

La Corte provincial señaló que el método cuya cobertura había sido requerida —fecundación *in vitro* (en adelante, FIV) con inyección intracitoplasmática de espermatozoides (en adelante, ICSI) y diagnóstico genético preimplantacional (en adelante, DGP)— no está incluido en el Programa Médico Obligatorio al que remite la Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida y su decreto reglamentario 956/2013. Asimismo, advirtió que la resolución interna 157/13 de la Obra Social de Empleados Públicos aquí demandada excluye expresamente el DGP de las prestaciones a su cargo, por lo que no se encuentra obligada a cubrirlo.

En su voto concurrente, el juez Pérez Hualde indicó que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico argentino, 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. Por consiguiente, concluyó que el derecho a la vida del embrión no viable no implantado debe prevalecer sobre el derecho a la salud reproductiva de los actores.

Por su parte, el juez Palermo, en disidencia, destacó 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 mujer. 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 26.862. Puntualizó que el DGP no es de carácter experimental y que la selección apunta a implantar aquéllos que tengan mejores probabilidades de favorecer el desarrollo del embarazo. Por lo tanto, estableció que la demandada se encuentra obligada a brindar la cobertura integral de la prestación médica solicitada.

–II–

Contra dicho pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario (fs. 362/381), cuyo rechazo (fs. 421/422) motivó la interposición de la correspondiente queja (fs. 64/66 vta. del cuaderno respectivo).

La recurrente sostiene, en lo principal, que la sentencia recurrida desconoce el derecho fundamental y humano de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, conforme ha sido regulado por la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

En primer término, alega que el embrión no implantado no tiene el estatus jurídico de persona conforme lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”. En el mismo sentido, señala que en tanto la ley 26.862 permite la donación y la criopreservación de embriones, y la revocación del consentimiento hasta antes de la implantación en el útero de la mujer, el embrión no implantado no posee el estatus jurídico de persona.

En segundo término, indica que, tal como lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Costa y Paván vs. Italia” al expedirse sobre una ley que prohibía el DGP, el pronunciamiento recurrido atenta contra el derecho a la vida privada y familiar. También agrega que éste importa una violación contra el derecho al avance científico.

Asimismo, advierte que la sentencia del *a quo* desconoce la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, cuyas disposiciones son amplias, permisivas e

igualitarias. Expresa que el DGP no difiere de las técnicas de formación y crioconservación de embriones permitidas por el artículo 2 de ambos cuerpos normativos. En efecto, la selección de los embriones que tienen mayores probabilidades de desarrollarse es una práctica implícita de las técnicas de reproducción asistida. Resalta que, en el presente caso, la realización del DGP importa la selección de los embriones viables a fin de que la pareja pueda lograr el embarazo.

A su vez, critica el argumento conforme al cual el DGP no está incluido en el Programa Médico Obligatorio sobre la base de que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, éste es un piso y no un techo. También sostiene que el DGP no es un método experimental en tanto hay una gran cantidad de legislaciones extranjeras que lo permiten.

Por otra parte, invoca el artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, según el cual únicamente están prohibidas las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión, lo que no acontece en el caso. Agrega que el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología ha aclarado que dicha disposición no alcanza al DGP y que tampoco prohíbe los diagnósticos de genes prenatales y preimplantatorios.

Por último, destaca las consecuencias que generaría mantener la decisión recurrida. Por un lado, menciona que sólo podrían acceder al DGP aquellas personas en condiciones de financiar de manera privada el procedimiento. Por el otro, alega que se pondría en peligro la técnica de ICSI en la cual se criopreservan embriones viables para futuros tratamientos de fertilidad.

-III-

El recurso extraordinario interpuesto fue mal denegado pues controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a la ley federal 26.862. Asimismo,

la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la parte actora fundó en ella (art. 14, inc. 3, ley 48).

–IV–

En las presentes actuaciones, no se encuentra controvertido que en el año 2009, E. H. L. y E. D. V., aquí actores, contrajeron matrimonio y, desde entonces, han intentado concebir un hijo por métodos naturales. Luego de diversas consultas médicas, se detectaron las razones por las cuales les era imposible lograr un embarazo. Específicamente, se les diagnosticó una patología de infertilidad primaria en función de un factor masculino y un factor cervical test postcoital negativo.

La pareja comenzó con ciclos de inseminación intrauterina con tratamientos de baja complejidad. Hacia fines del 2011, los actores ya habían atravesado cuatro intentos infructuosos de fertilización, de los cuales el último culminó con un aborto bioquímico. Por esta razón, a comienzos de 2012, recurrieron a un tratamiento de alta complejidad, que implicaba la utilización de la técnica ICSI. Luego de otro embarazo fallido, los actores consultaron a un médico genetista, quien diagnosticó que el señor L. tiene una enfermedad genética en el 80% de sus espermatozoides, por la cual los embriones que resultan de aquéllos no son viables. A partir de ello, les indicó el tratamiento preimplantatorio conocido como DGP, a fin de que se realice una biopsia sobre los embriones fecundados y se transfieran al útero de la madre únicamente los que son viables. A su vez, les recomendó que el tratamiento sea efectuado a la brevedad debido al deterioro progresivo de la fertilidad de los actores.

En este marco, el señor L. y la señora V. intimaron a la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza, a la que se encuentran afiliados, para que cubra los costos que insume la realización de la práctica recomendada. Ante la falta de respuesta, interpusieron una acción de amparo en su contra a fin de que se la condene a otorgar la cobertura integral de la fecundación *in vitro* con inyección intracitoplasmática de

espermatozoides con diagnóstico genético preimplantacional, mientras su estado de salud lo requiera y lo prescriba el profesional médico que los asiste, hasta lograr el embarazo (fs. 17/28).

–V–

La cuestión en disputa se circunscribe, entonces, a determinar si corresponde ordenar a la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza la cobertura integral del método de fertilización solicitado por los actores.

El 25 de junio de 2013 se promulgó la ley 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1, ley cit.). La ley indica que quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2, ley cit.). Más específicamente, dispone que las obras sociales incorporarán como prestaciones obligatorias “la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación” (art. 8, ley cit.).

Tal como surge de los considerandos de su decreto reglamentario 956/2013, el objeto de la ley 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.

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

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho de protección a la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, alcanza, entre otras obligaciones, a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar de la manera más amplia (“Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2011, párr. 145). A su vez, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (Observación General n° 19, “Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos”, Artículo 23 - La familia, HRJ/GEN/1/Rev.7, 171, 1990, párr. 5).

Finalmente, en el caso precedentemente citado, la Corte Interamericana ha entendido que el alcance del derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (“Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, cit., párr. 150).

En el *sub lite*, no se encuentra discutido que la pareja aquí actora intentó procrear por medios naturales y por medios de fertilización asistida de baja y alta

complejidad y, sin embargo, no pudieron concebir y desarrollar un embarazo. A raíz de ello, su médico genetista les indicó que la fecundación *in vitro* con ICSI y DGP les brindará la posibilidad de alcanzar la concepción de un hijo.

En este contexto, entiendo que la sentencia aquí recurrida interpretó en forma errónea la ley 26.862 en cuanto concluyó que la técnica DGP no está 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.

En primer término, la ley establece en su artículo 1 que su objeto es garantizar el acceso *integral* a las técnicas de reproducción asistida (art. 1, ley cit.; art. 1, decreto 956/2013 y sus considerandos). A su vez, el artículo 8 contiene una enumeración de carácter enunciativo de las prácticas cubiertas. En particular, determina que la cobertura alcanzará a “los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida”. El “Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida” elaborado por dicho organismo define al DGP como el “análisis de cuerpos polares, blastómeros o trofoectodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas” (“Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida”, versión revisada y preparada por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida y la Organización Mundial de la Salud).

De los antecedentes parlamentarios de la ley en cuestión, surge que los legisladores expresamente consideraron dicho glosario y entendieron que las técnicas allí previstas están incluidas en la protección integral consagrada en los artículos 1 y 8 de la ley 26.862 (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 11, 8^{va} sesión ordinaria, 27 de junio de 2012). La miembro informante del dictamen de la mayoría mencionó que el DGP es definido por la Organización Mundial de la Salud como una técnica de

reproducción asistida y sostuvo que “Todas estas técnicas definidas en el glosario que provee la Organización Mundial de la Salud están incorporadas dentro de lo que nosotros planteamos en el artículo 8º, cuando decimos que se dará cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje diagnóstico y de procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, cit., pág. 23).

En segundo término, el espíritu de la ley 26.682 es respetar y proteger los derechos constitucionales a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. En las circunstancias concretas de este caso, la cobertura solicitada tiende a garantizar el goce de esos derechos.

Para más, cabe destacar que el método ICSI se encuentra expresamente mencionado en el artículo 8 de la ley vigente —que no fue controvertido en el *sub lite*—. Éste puede implicar, tal como señaló el voto en disidencia de la sentencia apelada, la preparación de embriones que eventualmente no serán implantados. Por consiguiente, ésa no es una razón suficiente para otorgar un trato diferente al DGP. Corresponde recordar que, en este caso, dicho método ha sido prescripto a fin de seleccionar embriones que tengan un cariotipo normal, debido a que los restantes tienen altas probabilidades de no desarrollarse por la patología que presenta el señor L. Es decir, se trata de una técnica que permitirá alcanzar un nivel de certeza acerca de la viabilidad de los embriones seleccionados, incrementando las probabilidades de lograr un embarazo y resguardando el derecho a la salud física y psíquica de la madre. Por lo demás, aquellos embriones que no sean implantados podrán crioconservarse de acuerdo con lo establecido por la normativa vigente (art. 8, ley 26.682; art. 2, decreto reglamentario 956/2013).

En conclusión, opino que, en atención a la letra y el espíritu de la ley 26.682, a los derechos constitucionales involucrados y en las circunstancias particulares de

CSJ 3732/2014/RH1

L., E. H. y otros c/ Obra Social de Empleados Públicos s/ amparo

esta causa, la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza se encuentra obligada a cubrir de modo integral la prestación solicitada por los actores.


-VI-

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 04 de mayo de 2015.

ES COPIA

IRMA ADRIANA GARCÍA NETTO


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación