



Salud

Inseminación artificial intrauterina con semen de donante. Único método posible y recomendable hasta la fecha para que la pareja logre su embarazo. Esterilidad provocada por una enfermedad.

G. G. G. y otro c/ A. M. F. F. A. s/ Amparo

En la ciudad de Mar del Plata, a los 27 días del mes de marzo de dos mil trece, avocados los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: "G.,G.G. y otro c/ A.M.F.F.A. s/ AMPARO". Expediente N° 13.754 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad (Expediente N° 51.679). El orden de votación es el siguiente: Dr. Jorge Ferro, Dr. Alejandro Tazza, Dr. Luis P. Slavin. Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art 109 del R.J.N.-

El Dr. Ferro dijo:

Llega la causa a esta Alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora, a fs. 65/7 contra la sentencia de primera instancia de fs. 60/2 vta., por medio de la cual el Sr. Juez a quo rechazó la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (en adelante, A.M.F.F.A.)), con costas en el orden causado.//-

Que los agravios de la recurrente, se dirigen a cuestionar el decisorio de grado pues a su criterio el a quo efectuó una errónea interpretación de los hechos y del derecho al poner de relieve la inexistencia de disposiciones legales que regulen las prácticas cuya cobertura pretenden los accionantes.//-

Asimismo, critica que el a quo haya considerado que las mencionadas prácticas carecen de regulación específica en nuestro país y concluya que el vacío legislativo trae aparejado que no



existe norma que imponga a los agentes del seguro de salud la obligación de cubrir las prestaciones asistenciales vinculadas a la tecnología de fertilización.-

Al respecto, el apelante razona que dicha aseveración es errónea y arbitraria en relación al criterio sostenido por de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derecho a la salud.-

Añade que aún cuando la prestación no () () se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio o hipotéticamente en la legislación vigente los derechos que los actores estiman vulnerados son derechos humanos y trascienden el orden positivo vigente. Sumado a ello, expresa que en orden a garantizar la tutela de los derechos constitucionales la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que emanan de la Constitución Nacional.-

Señala que si bien el juzgador reconoció que la imposibilidad de procrear puede afectar la salud de quienes lo padecen, manifestó: *"...no debe perderse de vista que en el presente se pretende la manipulación de gametos de un tercero donante, con todos los inconvenientes jurídicos que ello puede conllevar, ya que tampoco dicho supuesto se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico argentino e incluso es objeto de diversos reparos en la doctrina y jurisprudencia".-*

Al respecto, el recurrente estima que la donación de espermatozoides es una cuestión que tiene que ver con la bioética, con la filosofía y con las creencias religiosas pero no genera los inconvenientes jurídicos que refiere el juez a *quo*.-

Por el contrario, a criterio del apelante, está claro que el tratamiento mencionado es el único — por el momento— que puede realizar el Sr. G. para tener hijos con su pareja.-

Por ello, solicita se revoque la decisión de grado y se haga lugar a la acción de amparo incoada por los actores.-

Concedido el recurso de apelación y corrido el respectivo traslado de ley, habiendo decaído el derecho que dejó de usar la AMFFA demandada para formular su réplica, fueron elevadas estas



actuaciones a este Tribunal, quedando a fs. 71, en condiciones de dictar sentencia. Providencia que se encuentra firme y consentida.-

Analizadas las constancias reunidas en el legajo y las críticas traídas a consideración por la actora, adelanto mi opinión en sentido de revocar la decisión apelada por los motivos que paso a exponer.-

Del líbello inicial se aprecia que la pareja accionante solicita la cobertura total del tratamiento de inseminación artificial intrauterina con semen de donante.-

Ello, como consecuencia de la imposibilidad de engendrar un/a hijo/a que les acarrea la esterilidad que provoca la enfermedad "azoospermia" que le fue diagnosticada al Sr. G., lo cual, les impone — por ahora— como única forma posible para lograr un embarazo un tratamiento de inseminación intrauterina (MU) con semen de donante (v. fs. certificados médicos de fs. 4 y 17).-

Luego de realizar las gestiones pertinentes ante la AMFFA, sin obtener éxito de su pretensión, la pareja actora promovió la presente acción de amparo, a fin que se arbitren los medios necesarios que den solución a los conflictos asistenciales que padecen, con fundamento en normas constitucionales.-

De las constancias de autos surge acreditada la patología del actor (v. fs. 6/7 y 10, que no ha logrado ser desvirtuada por prueba en contrario) y no existe controversia en torno la respectiva afiliación del y la actor/a a la AMFFA;;; tampoco respecto de la solicitud de cobertura realizada por ante la demandada para el tratamiento que en esta instancia se replantea.-

En efecto, la discusión ha quedado trabada en la posibilidad o no de que la demandada esté obligada a la cobertura del tratamiento de inseminación artificial intrauterina y si la negativa que dio resulta arbitraria.-



Adentrándome al *thema decidendum*, cabe recordar lo sostenido en reiterados precedentes en cuanto a que el derecho a la inviolabilidad de la vida es de carácter absoluto, en el sentido de que vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre.-

El derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.[1]

En relación, dable es transcribir lo sostenido por el profesor Alberto Charzman Birenbaum[2] quien aborda la comprensión del derecho a la salud desde una visión holística, integradora, como derecho personalísimo y de incidencia colectiva, a la luz de su jerarquía constitucional, criterio del que participo: *"El estudio del derecho a la salud no tiene sentido, emancipándolo de la vida. La salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida. El derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida"* .Con esta tendencia, indicó: *"...cabe referirse a la salud no solamente en relación a las condiciones corporales y fisiológicas de la persona, sino señalando su inserción en el medio social, tal como aparece definida en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: " La salud no es algo puramente negativo, como si la salud, en general, consistiere en la simple exclusión de la enfermedad corporal y de las tareas físicas, como si la salud mental, en particular, no significara otra cosa que la ausencia de toda alienación o anomalía. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad y, por este título, es una de las condiciones de la paz mundial y de la seguridad común". Por lo tanto, se trata de un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades.* (El destacado me pertenece).-

Y específicamente, es pertinente adunar que en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en el año 1994, en El Cairo, a la cual Argentina asistió como Estado Participante, fue aprobado un Programa de Acción sobre la base de los siguientes principios: *"Principio 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*



Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...) Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal (...) Principio 8: Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención reproductiva de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo. Principio 9: La familia es la unidad básica de la sociedad y como tal es preciso fortalecerla. Tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios... ", entre otros. (El subrayado es propio).-

A la misma conferencia internacional asistió en calidad de organismo especializado la OMS, y a partir de ello ha conceptualizado a la salud reproductiva como *"un estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia."*

Con este encuadre, debo significar, tal como expresé in re: "L. H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo"[3], que tanto las prepagas como las obras sociales están obligadas a atender todos los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, más allá de cómo hayan sido concebidos, puesto que, en caso contrario, sería una forma de discriminación hacia ellos y respecto de la población de menos recursos que ve frustrado su anhelo de descendencia y vulnerado su derecho consagrado en el art 14 bis de la Carta Magna en torno a la protección de la familia, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.-

Lo cual hago extensivo a la **mutual demandada** pues el decreto de necesidad y urgencia 1991/2011, dictado el 29/11/2011, incorporó al art. 1 de la nueva ley 26.682 de medicina prepaga



(sancionada el 4/5/2011 y promulgada el 16/5/2011, publicada en el B.O. del 17/5/2011) a las mutuales, entre otras —que hasta entonces se hallaban expresamente excluidas— quedando por tal comprendida dentro de todas sus previsiones, entre ellas la de su art. 7, del Capítulo III "De las prestaciones", que establece: "...deben cubrir, **como mínimo** en sus planes de cobertura médico asistencial, el programa médico obligatorio vigente según resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias."[4] (El destacado me pertenece).-

El decreto de necesidad y urgencia 1991/2011 sienta la intención final del Poder Ejecutivo de contemplar la integración y articulación de todos los subsectores involucrados en el sistema de salud, pues legitimar la existencia de entidades (cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones) que no se encuentran obligadas al cumplimiento de las disposiciones de la ley 26.682, origina distorsiones en la actividad de la salud y en consecuencia un perjuicio para los usuarios, tal como reconoció el Poder Ejecutivo en los considerandos del decreto referido.-

De allí, que no quedan dudas acerca de la naturaleza jurídica de la AMFFA y las normas que le son aplicables.-

Por otra parte, alegaciones referentes a que el tratamiento de inseminación artificial no está contemplado en la ecuación económica financiera del contrato, enmascaran prioridad a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud (en particular, a la salud reproductiva y el derecho a procrear); derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 25, inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.-



Y en desmedro de los arts. 14 bis; 41 de la Constitución Nacional y la ley 25.673, por medio de la cual se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable cuyo objetivo es "... alcanzar para la población el **nivel más elevado de salud sexual, y procreación responsable** con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia (...) garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable". (El destacado me corresponde).-

En este marco legal nacional y teniendo en consideración las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 —El Cairo—, y de forma compatible con los derechos humanos internacionales universalmente reconocidos, se desvanece el basamento de sentencia de grado por el cual el juzgador afirma que la demandada no se ha conducido en forma arbitraria e ilegal al negar la cobertura solicitada.-

Por ello, resulta ajustado a derecho revocar la sentencia de grado en este aspecto.-

En otro orden de ideas, cabe aclarar que el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario[5]. En consecuencia, el equilibrio, no se rompe por otorgar cobertura a un tratamiento de fertilidad de baja complejidad mediante inseminación intrauterina (MU) único método —por el momento— posible y recomendado para que la pareja de autos pueda lograr un embarazo, sino por no otorgarla.-

Más aún, cuando asiste también a los actores el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación. En tal sentido, la Sra. Juez Patricia G. López Vergara, sostuvo: "*También es dable resguardar judicialmente este derecho. Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir a estos logros científicos en pos de su derecho al disfrute más alto posible de su salud integrar*"[6], criterio que comparto y corresponde aplicar al sublite.-



La inseminación artificial (con semen de la pareja o de donante) es una técnica de baja complejidad que consiste en observar cuidadosamente el ciclo menstrual de la mujer, depositando el semen en su vagina en el momento que el óvulo es liberado. Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser intravaginal, intracervical, intraperitoneal, intratubaria o intrauterina. Siendo esta última variante la prescripta para la Sra. B. Carolina L.-

En ese caso debo señalar que tanto las parejas fértiles como las infértiles tienen derecho a concebir niños y agregarlos a su familia, frente a esta circunstancia la disponibilidad de medios tecnológicos resulta —en el sublite— , imprescindible para posibilitar la procreación.-

Es en este contexto y teniendo en cuenta que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad resulta evidente, para los casos en que la aplicación de las técnicas de fecundación artificial sean requeridas debido a infertilidad, que las obras sociales deban cubrir dentro de las prestaciones médicas obligatorias el tratamiento de la enfermedad; el procedimiento terapéutico de reproducción humana asistida, embarazo, trabajo de parto, parto y posparto e inclusive cuidados neonatales del recién nacido por ajustarse a las previsiones legales arriba citadas.-

Para el eventual supuesto que se entendiera que el art. 2 inc. f) de la ley 25.673 no protege la situación de las personas que estamos analizando debo significar lo expuesto por Carlos Niño en cuanto refirió que: *"el derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera, no sería digno de ser llamado "derecho".-*

Esta determinación sobre el derecho subjetivo, tuvo su coronación en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, como culminación de la Revolución Francesa, en la cual se establece que el fin último de los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, tales como el derecho a la libertad, a la vida, a la salud, a la salud reproductiva y procreación, entre otros. Y sobreabundando en materia de derecho, debo significar que esos derechos son derechos morales que la gente los tiene, independientemente de lo que disponga el sistema jurídico por cuanto los órganos estatales tienen el deber de reconocerlos dictando normas que los reconozcan y no que los restrinjan, como en el caso de autos, habida



cuenta que el objeto que todas las leyes poseen "es *incrementar la felicidad general de la comunidad y sus componentes y por lo tanto, deben excluir cualquier cosa que tienda a destruir esa felicidad; en otras palabras, excluir lo que sea pernicioso*[7]".[8].-

Si creo preciso destacar, que desde la Recomendación 1046 de la Comunidad Europea de 1986 la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla de manera continua y por ende, la protección debida al embrión se basa en el respeto a la dignidad humana y en el respeto de los derechos e intereses del hijo que se pueden resumir en el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y existencial, en el derecho a la familia y en el derecho a la propia identidad genética, la cual trataré luego.-

De ahí que el respeto a aquella dignidad, impide tratarlo como un simple objeto de investigación y debe condenarse su utilización con fines industriales y/o comerciales.-

Plasmadas estas consideraciones, vislumbro que una de las fases del tratamiento inseminación artificial indicado para los actores está constituido por la **donación de semen**; a ese fin debo destacar que en materia de genética y técnicas de fecundación artificial los avances científicos se producen a pasos titánicos, determinando la desactualización y asincronía de nuestro Código Civil con respecto a la realidad que se impone, y frente a ello, el juez no puede permanecer ajeno.-

Prioritariamente, quiero significar que esa donación de semen, debe estar apoyada tanto en el consentimiento libre del donante, como de la pareja receptora con los aditamentos de que todo ello debe ser confidencial y gratuito.-

Lo singular de este caso, por así decir, es que este tratamiento consiste en realizar la inseminación artificial con semen de un donante, el que será depositado (en este caso) intrauterinamente. Cabe destacar, que el semen procede de un donante voluntario respecto de quien no se puede conocer su identidad, aspecto que trataré más adelante.-



En el caso particular, se trata entonces de una **inseminación artificial heteróloga** que se caracteriza por la preservación del anonimato del dador del material genético, como forma de fomentar la donación.-

Tal como afirma la más reciente doctrina[9] en el orden comparado, se proyecta una tendencia basada en que tanto la donación de gametos como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y, en consecuencia, debería —preservarse toda intrusión que vulnere el derecho de secreto o reserva de los sujetos involucrados.-

Pero frente a ese anonimato se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de esas técnicas a conocer su realidad genética y su eventual ejercicio.-

Partiendo, entonces, de la premisa que las prácticas de procreación humana asistida deben respetar los derechos personalísimos del embrión y teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación asimismo ha puesto en consideración el sentido, alcance y primacía[10] del derecho a la identidad biológica (en aspectos tan sensibles como la "identidad filiatoria" y su relación con los elementos biológico y existencial del niño[11]), sostengo la imperiosa necesidad de preservar los derechos inalienables del futuro/a hijo/a nacido/a a partir de esta técnica, por ello propongo tomar estrictas medidas consistentes en el resguardo de los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el proceso; consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado de todas ellas.-

En el derecho comparado, existen soluciones dispares en materia de inseminación o fecundación in vitro heteróloga. Algunos prohibicionistas (el sistema jurídico de Italia y del Estado de Jalisco, en México) y otros recepcionistas " de esta técnica, pero regulando de forma diferente la posibilidad del hijo de acceder al conocimiento de su verdad de origen.-

Así en Suecia[12], Noruega, Alemania, Suiza o Portugal se reconoce el derecho del hijo nacido por inseminación artificial a conocer la identidad del tercero dador al alcanzar la mayoría de edad, pero este conocimiento no impacta en el emplazamiento filial; Suecia es el único país con



legislación sobre la procreación humana asistida, que niega el derecho al anonimato del donante de semen en favor de lo que considera un bien para el hijo.-

Por su parte, España[13] e Inglaterra[14], aún reconociendo el derecho al anonimato del donante, contemplan el acceso, por parte del hijo que nazca procedente de semen de donante, a cierta información general, llamada identidad genética, acerca de éste, al alcanzar la edad de 18 años; además, la legislación española acepta que excepcionalmente se revele la identidad biológica del donante "si existe peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales vigentes, aclarando que dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes (art. 5.5 del Capítulo II "Participantes en las técnicas de reproducción asistida", de la ley 14/2006)".-

Francia y Grecia, reconocen el derecho al anonimato del donante, aunque contemplan el acceso por parte del hijo a cierta información general acerca de éste al alcanzar la edad de 18 años.-

Dable es destacar, lo referido por el Dr. Abel Fleitas Ortiz de Rosas[15], en cuanto a la decisión del gobierno británico de permitir a los hijos de donantes de esperma y óvulos y embriones, conocer la identidad de los dadores del material genético, al tiempo que los dadores del material genético no tendrán ningún tipo de responsabilidad legal, ni financiera sobre el niño, ni serán forzados a encontrarse con su hijo biológico si no lo desean.-

En Argentina, la tecnología reproductiva como sus efectos en relación con los derechos personalísimos no se encuentran contemplados, ni regulados en norma alguna; sin embargo ha sido tratada por la Corte Suprema.-

Ante la diversidad de fallos de dicho Alto Tribunal, no se podido seguir una pacífica doctrina judicial sobre este tema, motivo por el cual, creo, debo aplicar lo que dimana de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto protege su derecho a conocer su realidad biológica pero también le asiste el de preservar su intimidad de injerencias arbitrarias, razón por la cual no se le puede dar un alcance absoluto pues hay que preservar el interés superior del niño, motivo por el



cual, al tratarse de un derecho personalísimo, solo a él le cabe inquirir sobre su identidad y su conjunto de elementos que lo integran, diferente, creo, es el caso de la identidad genética.-

Por último y en lo que concierne a la consideraciones del Sr. Juez de grado relativas al ejercicio de potestades discrecionales e invasión de poderes, procede aclarar que *"es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales atento su rol dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión, en virtud del art. 31 de la Carta Magna toda vez que la supremacía constitucional no tolera recorte alguno, menos aun cuando a través de interpretaciones cerradas y confinadas respecto de resoluciones sublegales en la materia, se produce la alteración de derechos federales.-"*

Ello de manera alguna implica la rotura del principio republicano de división de poderes; por el contrario, constituye un ámbito normal dentro de la competencia de todo juez frente a un proceso de amparo en el cual la pretensión esgrimida tiene como antecedente una negativa u omisión de una autoridad..."[16].-

Para finalizar, en atención al tradicional enfoque asistencialista que asumió la demandada, advierto sin hesitación alguna que existen normas generales (enunciadas *ut supra*) que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la ley fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como: la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.-

Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar al recurso de apelación incoado por los actores a fs. 65/7 y revocar la sentencia de grado de fecha 30 de noviembre de 2011. En consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo con los alcances enunciados *ut supra* y condenar a la demandada Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (AMFFA) a brindar a sus afiliados la cobertura total e integral del tratamiento de un tratamiento de inseminación



intrauterina (MU) con semen de donante, bajo la atención médica del Dr. M. L., en la cantidad de oportunidades que fundamente y prescriba el galeno, quien deberá garantizar la previa aceptación libre y consciente de la aplicación de la técnica prescripta, que deberá ser anterior y debidamente informada a la parte actora de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y agregar en concordancia con la solución adoptada por este Tribunal in re: "B., C. y otra c/ UP s/ Amparo" (expediente N° 12.021, registrado al T° CVII F° 15485 de la Secretaría Civil de esta Alzada), tratándose de una inseminación artificial con semen de donante: a) Deberá obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificátenos de todas las partes involucradas en el suceso en forma confidencial impidiéndose, por ende, la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido informado pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc.-

Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad, b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos temas (inseminación artificial y donación de gametos), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente, c) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 14 de la ley 16.986).-

Tal es mi voto.-



Fdo.: Jorge Ferro, Juez de Cámara.-

El Dr. Tazza dijo:

I.- Resumidos los agravios y las circunstancias de la causa por el voto del Dr Ferro -a cuyo relato me remito por razones de celeridad y economía procesal-, me dedicaré a continuación a efectuar el análisis de las cuestiones propuestas por la parte accionante a revisión de esta Alzada.-

II. Previo a resolver la cuestión traída a debate, resulta oportuno precisar algunas cuestiones atinentes a la vía intentada por los amparistas para la dilucidación de la temática planteada.-

En primer lugar, es dable recordar que en materia de amparos el actual texto del art. 43 de nuestra Constitución Nacional, reza: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución..."*.-

En efecto, la acción de amparo constituye un remedio de excepción cuya utilización está reservada a los supuestos en que la carencia de otras vías legales más aptas para resolverlos pudiera afectar derechos constitucionales. Así, pues su apertura requiere de circunstancias de muy definida singularidad, caracterizada por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede ser reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo.-

En tal orden de ideas, este Tribunal ha significado en numerosos precedentes, que la acción de amparo elaborada e instituida para hacer efectivas las garantías constitucionales *"...es un proceso excepcional, utilizable en casos extremos, cuando se pongan en peligro las salvaguardas de derechos fundamentales y cuando la carencia de otras vías legales no permita alcanzar los resultados queridos... o cuando no exista medio judicial idóneo"*[17], o sea, exige como presupuesto de admisibilidad, la prueba por parte del pretendiente que el daño concreto y grave



ocasionado puede eventualmente ser reparado sólo acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo, que no existan remedios apropiados para obtener la protección del derecho que dice conculcado o cuando t se acredite que acudiendo a ellos, peligre la salvaguarda de los mismos, amén de la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiesta.-

Específicamente, en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.-

Y en ese contexto es que frente al contundente rechazo de la obra social a la cobertura pretendida y teniendo en cuenta que la cuestión sometida a debate no permite que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario, porque conforme la naturaleza de los derechos comprometidos se podría perjudicar y/o frustrar la posibilidad de procreación de los amparistas, entiendo que no existe duda alguna respecto de la idoneidad de esta vía para la dilucidación de los derechos constitucionales que los actores estiman vulnerados por la obra social demandada.-

III. Sentado que el amparo resulta ser la vía idónea para debatir el objeto de este pleito, y analizado el escrito de apelación interpuesto por los amparistas a fs. 65/7, encuentro que las cuestiones que el recurrente propone a revisión de esta Alzada poseen íntima relación entre sí, por lo que considero conveniente su tratamiento de manera conjunta.-

Del análisis de las constancias de autos, se observa que los amparista solicitan la cobertura total del tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de donante o banco. El reclamo tiene como objeto superar el cuadro de Azoospermia que padece el Sr. G.-

Tratándose el presente de un amparo en materia de salud, conviene recordar de manera preliminar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *"el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a*



la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental" (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros).-

El derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.[18]

En tal orden de ideas, Alberto Charzman Birenbaum[19] sostuvo que: *"El estudio del derecho a la salud no tiene sentido, emancipándolo de la vida. La salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida. El derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida"*.-

Asimismo, debemos recordar que el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente. La Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud reproductiva como "el estado general de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (Naciones Unidas, documento A/CONF: 171/13: informe de la CIPD).-

Por ello, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear.-

Si bien la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad, en el derecho argentino no sólo no está definido qué se entiende por trastorno de fertilidad, sino que además falta determinar previamente cuáles serían los tratamientos médicos indicados a los



supuestos clínicos que la norma individualice. Ante tal silencio legal, y pese a existir varios proyectos en el Poder Legislativo, aún no se ha regulado los alcances, límites y efectos jurídicos" 'de la "fertilización asistida", por lo que resulta preciso determinar el alcance de la obligación del agente de salud accionadola a la cobertura de estas técnicas, conforme los alcances del derecho constitucional a la salud, habida cuenta que el acceso a las técnicas de fertilización asistida se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la salud y, más puntualmente, el derecho a la salud sexual y a la procreación responsable.-

En efecto, el hecho que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio, no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta que los derechos que los amparistas estiman vulnerados son "*derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente*".-

Es más, si bien la ley 25.673 que crea el "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable" no incluye expresamente el tratamiento de la infertilidad dentro de los aspectos inherentes a esta rama del derecho a la salud, sí lo hacen algunas legislaciones locales, tales como ley 418 de "Salud reproductiva y procreación responsable" de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 4º, inc. i) dispone entre sus objetivos específicos el de "orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad". Así también, la ley 509 de Tierra del Fuego, cuyo art. 6º, inc. e) establece que "se garantiza la implementación" de acciones, destinadas a "orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad". La ley 6433 de la provincia de Mendoza reza en su art. art. 2º inc. f) que entre "los objetivos específicos del Programa Provincial de Salud Reproductiva" se encuentra el de "efectuar la detección precoz y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual y de las patologías del aparato reproductor", y en su art. 4º inc. g) que el Programa brindará dentro de sus servicios "información y asesoramiento sobre infertilidad". En fin, la ley 1363 de La Pampa determina en el 3º que: "El programa operará en forma simultánea en centros asistenciales de mayor complejidad, a través de los servicios de tocoginecología y obstetricia y en las unidades del primer nivel de atención de salud, a través de los cuales se brindarán los siguientes servicios: (...) e) facilitar la información y la accesibilidad a los recursos necesarios para el tratamiento de la infertilidad...".-



Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta innegable que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surge de la interpretación que hace el agente de salud demandado de la normativa vigente, habida cuenta que -como lo indiqué ut supra- *"los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente"* y que, en orden de garantizar la tutela de los derechos constitucionales mencionados, la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que emana de la Constitución Nacional. En este caso en particular se encuentran en juego intereses vitales y superiores a tutelar, como lo son las prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la vida, a la salud en su sentido más amplio, a procrear, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Tratados internacionales). Además, no sólo es el derecho a la salud el vulnerado, sino también el derecho a la planificación familiar, expresamente consagrado con la sanción de la ley 23.179, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por la Asamblea de la ONU el 18/12/79), cuyo art. 12 se refiere al derecho a la planificación de la familia.-

Por otro lado, luego de haber realizado un pormenorizado análisis de las constancias de la causa me encuentro en condiciones de afirmar, que los accionantes han logrado demostrar en el expediente que la dificultad para concebir se genera en el cuadro de Azoospermia que padece el Sr. G.-

Asimismo, en torno a la conveniencia, corrección y efectos del método de inseminación requerido por los accionantes, es dable recordar que las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a numerosos cuestionamientos basados en razones de tipo ético, moral, religioso, científico y jurídico, habida cuenta que la misma disocia la sexualidad de la reproducción.-

Si bien el tema es complejo y notoriamente preocupante, entiendo procedente la realización de la técnica prescripta cuando existen en juego intereses vitales a tutelar. No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de instrumentalización de la persona humana apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y



compartiendo desde un principio aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte del demandado.-

Y en este caso en particular, el complicado cuadro de salud que presenta el beneficiario de esta acción de amparo, sumado a las recomendaciones realizadas por los médicos que lo atienden, me convencen de que en el caso de autos se ha demostrado acabadamente la necesidad de la prestación requerida. Además, la demandada sólo opuso argumentos negativos que no desplazan la probidad del tratamiento y que, si bien ponen en duda su viabilidad, no implican la conveniencia cierta de que exista otro medio de asistencia, porque el accionado no propuso un consultor o perito técnico con el objeto de corroborar el padecimiento del amparista, ni tampoco ha sugerido u ofrecido la cobertura de otras terapéuticas- que sean adecuadas y eficaces a las necesidades de los amparistas.-

IV. Sin embargo, para el caso de que **fracase el primer intento**, la prestación otorgada se limitará hasta **dos (2) futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura**. Ello obedece a las circunstancias fácticas de la presente causa y tiene por finalidad preservar la salud psicofísica de los amparistas, pues es conocido que la infertilidad es una condición médica que tiene muchas repercusiones para las parejas, y que trae aparejado - en la mayoría de los casos- sufrimientos y trastornos psicofísicos.-

Entonces, siendo que la imposibilidad de concebir puede traer graves consecuencias las que, a su vez, pueden impactar de modo negativo en la salud física y psíquica de las personas, y teniendo en cuenta las conclusiones médicas sentadas en la causa, el delicado estado de salud, y los índices estadísticos en cuanto a las probabilidades de éxito del tratamiento, entiendo conveniente otorgar -por ahora- la cobertura de hasta tres tratamientos. Mi fundamento no implica una limitación del derecho a la salud de los amparistas sino que se visualiza más en la preservación de la salud psicológica de los amparistas.-



Desde luego, ello no resulta óbice para que ante el fracaso de los tratamientos aquí otorgados, los amparistas soliciten una nueva cobertura, siempre que se le realicen nuevos estudios para comprobar su buen estado físico y mental, que se acompañen nuevos certificados médicos actualizados que demuestren la persistencia de las circunstancias que en este expediente se han tenido en miras a los efectos de otorgar la cobertura peticionada, y que incluyan las causales de los resultados negativos de los tratamientos aquí otorgados.-

Además, otorgar a la amparista la provisión de la práctica hasta lograr el efectivo embarazo, *"...podría colocamos frente a la presencia de un imperativo obligacional de imposible cumplimiento."*, toda vez que", *.el derecho no podrá garantizarle a la actora su anhelo de ser madre, pues ello es tarea reservada a la ciencia médica y a los designios misteriosos que encierra la existencia humana (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín in re "Q.,M.T. c. I.O.M.A.", ya citada, del voto del Dr. Echarri). En cambio, lo que la jurisdicción no puede es desentenderse de sus dolencias y/o negarle el acceso a los*procedimientos o tratamientos que la medicina de nuestros días cuenta para vencer, o al menos intentarlo -si bien no curar- el problema de la infertilidad. En tal devenir, es misión de este votante propiciar el dictado de una solución prudente que, sin dejar de afianzar la justicia del caso, descanse en parámetros de factibilidad, resulte armónica con la realidad revelada en el expediente, y tome como pauta directriz la noción de razonabilidad, en tanto patrón de conducta que debe presidir en la actuación de todos los órganos del Estado. ("R., N. B. c. I.O.M.A. s, AMPARO", Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Mar del Plata, 3/11/2009).-*

V. Que, sentado como queda el derecho de los actores a obtener la prestación que intenta remediar el mal que los aqueja, corresponde analizar lo esgrimido en torno al ejercicio de potestades discrecionales e invasión de poderes del Estado.-

En primer término, procede aclarar que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud - materia propia del Poder Legislativo-, sino interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial.-



Es más, debe interpretarse que el art. 31 de la Carta Magna establece que "*es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales atento su rol dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión*". Ello de ninguna manera implica la rotura del principio republicano de división de poderes; por el contrario, constituye un ámbito normal dentro de la competencia de todo juez frente a un proceso de amparo en el cual la pretensión esgrimida tiene como antecedente una negativa u omisión de una autoridad...'[20].-

La supremacía constitucional no tolera recorte alguno, menos aún cuando a través de interpretaciones cerradas y confinadas respecto de resoluciones sublegales en la materia, se produce la alteración de derechos federales.-

Para finalizar, advierto sin hesitación alguna que existen normas generales que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la ley fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez, puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.-

VI.- Por otra parte, de entenderse que el tratamiento implica *costos excesivos* para el accionado y que genera que el uso de los fondos por un solo beneficiario derivara en el impedimento de los otros a gozar de las prestaciones que le son debidas por ley, se estaría priorizando a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud (en particular, a la salud reproductiva y el derecho a procrear); derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 25, inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos



Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.-

Si el acceso a las técnicas de fertilización constituye un aspecto del derecho a la salud, este derecho no se puede encontrar reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resulte vedado para quienes carecen de recursos suficientes.-

Es más, no se encuentra acreditado que si la demandada afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría con ello un grave entorpecimiento en los servicios de salud que deben brindarse al resto de los afiliados. En concreto, no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad financiera para hacer frente a la prestación reclamada por la actora.-

Por otro lado, no tomar en cuenta la carencia económica de los amparistas, implicaría concentrar la ayuda que brinda el agente de salud en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento de la obra social. En efecto, aquellos beneficiarios que, por su carencia o severa limitación de recursos propios, se ven impedidos de afrontar el tramo no cubierto de sus gastos sanitarios no demandarán el medicamento o prestación médica de que se trate y, por ende, la obra social tampoco tendrá necesidad de aportar el porcentaje que le corresponde. De este modo, el agente de salud concentrará financiamiento en los beneficiarios con cierta capacidad económica propia y abandonará a los que carecen de ella (cfr. voto en disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay en autos: "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo", CSJN; del 16/05/2006, T. 329, P. 1638).-

En definitiva, si bien la obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo, *"le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las*



mismas prestaciones incluidas en la cobertura, y en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda "ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial" (del voto de la Dra. Carmen M. Argibay, ya citado).-

Ante tal interrogante, entiendo que la respuesta debe buscarse teniendo en consideración que en todo estado de emergencia debe garantizarse el acceso a la salud de todos los individuos, prestando especial protección a la salud de los grupos más vulnerables. Dicho de otra manera, en situaciones como la atravesada por nuestro país en estos últimos años -en los que la profunda crisis económica financiera, sumada a la paralización de la producción, el desempleo y la marcada desigualdad social produjeron un descenso importante del nivel de salud de los argentinos-, los agentes de salud deben adoptar las medidas que sean necesarias para incrementar la protección del derecho a la salud de sus beneficiarios.-

Así las cosas, sostengo que la situación particular en la que se encuentran los beneficiarios debe ser valorada -como criterio de distinción- por la obra social a la hora de ejercer su facultad distributiva asistencial, pues ello facilita el acceso de los grupos más vulnerables a la atención de su salud, a la vez que contribuye a reducir los efectos nocivos de otros problemas coyunturales (falta de trabajo, mala alimentación, escasa educación, vivienda precaria o no digna, ingresos escasos, para mencionar algunos) íntimamente relacionados con la salud.-

VII. Sin embargo, no podemos desconocer que el tratamiento prescripto por los médicos tratantes se gestaría a partir de una "donación de semen", por lo que la cuestión amerita su tratamiento por parte del este Tribunal ya que el tema aquí expuesto resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido derechos de personas nacidas de gametas donadas. Como bien se ha sostenido las técnicas de procreación asistida y la decisión a adoptarse en torno a ello "desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público". (Ver *Arias de Ronchietto, Catalina E., "Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?"*, cit por Eduardo Zambrizzi, "La cultura de la muerte" en LL 4-7-2008).-



La utilización de estas terapias de reproducción provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la paternidad, habida cuenta que en este supuesto ya no queda la procreación determinada por los componentes fecundantes de la pareja que iniciaron el presente amparo, sino que se requiere el espermatozoide de un donante para que se produzca el acto procreacional.-

En realidad, no resulta conveniente hablar de donación puesto que no se trata de un acto contractual regulado por la ley, siendo lo aconsejable referirse al dador cuando indicamos a la persona que proporciona a otra el material genético necesario para lograr una fecundación exitosa.-

El manipuleo de elementos genéticos, suscita cuestiones éticas, filosóficas y teológicas que condicionan la reflexión en torno a la toma de decisiones en el avance de la investigación científica, en la aplicación de las técnicas apropiadas a los fines propuestos, y en la adopción de reglas o normas jurídicas que son hoy día indispensables habida cuenta de la trascendencia social de estas preocupaciones humanas exteriores a las solas conciencias individuales y que involucran a terceros extraños sin cuya participación y servicios no pueden lograrse los resultados deseados. (Bustamante Alsina, Jorge, "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial", LL 1997-D-1212).-

No existe un criterio unificado y pacífico en la doctrina y en la legislación nacional e internacional respecto de estas técnicas. En líneas generales, puede decirse que existen en Europa dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida con gametas donadas: 1) El primer grupo se compone de leyes que, prohíben o al menos desalientan el uso de gametos de terceros, ya que esta práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos y da lugar a lo que algunos psicólogos denominan un "vacío de ascendencia" en el niño, dado que los que proporcionan las gametas son normalmente anónimos. En este grupo de legislaciones se destacan sobre todo la ley alemana de protección del embrión de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*) y las leyes adoptadas en Austria (1992), Suiza (1998) e Italia (2004). Esta última ley italiana n° 40 del año 2004 en su Capítulo II (Acceso a las técnicas), Art. 4. 3 establece que "...é vietato il ricorso a tecniche di



procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo....". Es decir, prohíbe el recurso a técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo, es decir, con gametos de terceros ajenos a la pareja.-

En ese mismo orden de ideas, en nuestro país se han presentado varios proyectos de ley donde no se admite las nuevas tecnologías reproductivas. Entre otros, encontramos al Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Camaño (Expediente n° 3978-D-2006) que prohíbe la donación de gametos y la subrogación de vientres; el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Beatriz Gutiérrez - Juan Héctor Silvestre Begnis - Amanda Genem - González Nancy Susana - Eva García de Moreno (Expediente n° 4931-D-2008) que prohíbe la criopreservación de embriones, su adopción, destrucción, comercialización y utilizarlos para la investigación; y el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados, (Expediente n° 3465-D-2008) que prohíbe los bancos de semen u óvulos, crioconservar embriones humanos, donarlos y enajenarlos.-

2) El segundo grupo se integra con leyes que buscan satisfacer a toda costa el deseo de obtener un hijo a través de las técnicas de procreación asistida con donación de gametas, defendiendo a ultranza el libre ejercicio de los derechos amparados por la Constitución Nacional, como el derecho a procrear, pero también intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia legal de proteger la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del niño que resulte del procedimiento. En este grupo se destacan, entre otras, la ley española 14/06 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (que derogó la Ley 35/88).-

Tras esta breve exposición de las diversas corrientes, que responden a ideologías, advierto que en nuestro país hay un vacío legal sobre el tema, por lo que se han planteado innumerables interrogantes que presentan especial interés por la entidad de los intereses que se encuentran en juego y la ausencia en muchos países -como el nuestro- de normativa específica que regle tales técnicas de procreación. Entre estos interrogantes, encontramos que: a) Esta práctica permite disociar el padre biológico con el padre legal, lo cual conlleva varios problemas, como los derivados del emplazamiento filial del niño.-



El avance de la ciencia nos ha enfrentado con nuevos dilemas nunca imaginados por el legislador en oportunidad del dictado del código mencionado, porque actualmente estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes disocian *"la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica"* ("L. M. L. C. c. IOMAs/ Amparo" Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo n° 1 de La Plata).-

b) Relacionado con esto último, se abren otros debates, como la contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona como son el *"derecho a la identidad"* o a conocer el origen y el *"derecho a la intimidad del donante"* (art. 19 CN), las eventuales acciones filiatorias del donante hacia el menor y viceversa, las acciones sucesorias entre ambos, etc.-

Según se prime el derecho a la identidad de la persona o bien el derecho a la intimidad del donante, con todas las consecuencias que ello acarrea, los autores han elaborado diferentes posturas, que aparejan diversas consecuencias jurídicas:

b.1) Anonimato total de quien proporciona el gameto: esta corriente sostiene que debe mantenerse el anonimato del dador, a efectos de dar seguridad acerca de que el mismo no tendrá que enfrentar futuras acciones filiatorias, alimentarias o sucesorias. Para los sostenedores de esta teoría, prima el derecho a la intimidad del donante y por ende no se le permite al niño (ni siquiera al x alcanzar la mayoría de edad) tomar conocimiento de los datos personales a él referidos, *"esta corriente predomina en la doctrina francesa y algunos proyectos*de' Q nuestro país (Laferriere-Storani)"*. (María Franca Alessio - María Luciana Pietra, O "Procreación Humana asistida y derecho a la identidad").-

Sustentan su postura en que el donante anónimo no desea establecer un relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la fecundación porque en ningún momento manifiesta su voluntad procreacional.-

b.2) Otros postulan que la donación será anónima, pero que el nacido puede conocer los datos biogenéticos del donante (anonimato relativo). Sostienen que por sobre el anonimato prevalece el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica, y que sólo tendrán acceso a esos datos, sin



que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. Concuerta con esta alternativa la ley española 14/06 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (que derogó la Ley 35/88), que en el art. 5.5 establece que "*la donación será anónima*", pero reconoce a "*los íftijos*" *nacidos tienen el derecho por sí o por sus representantes a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad*". Sin embargo, muchos autores rechazan esta alternativa, pues consideran que con el sólo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo de conocer su propio origen (Quesada González, María Corona, "El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico").-

b.3) Hay una tercera postura, muy ligada a la anterior, que defiende no solo el conocimiento de los datos biogenéticos sino también el derecho a conocer la 23 identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica ni derecho alguno. Expresan que otorgarle a una persona el derecho a conocer su origen no implica facultarlo a reclamar judicialmente por filiación, y que la determinación de esa relación genética y el conocimiento de la identidad del donante no implica relación jurídica alguna. El donante de gameto debe quedar desvinculado jurídicamente del que nazca de él, no sólo en el sentido de que no se le puede hacer reclamación alguna de maternidad o paternidad o de sus consecuencias jurídicas sino también de cualquier otra reclamación o indemnización o responsabilidad alguna. Concuerta con esta alternativa la *Ley sobre Inseminación Artificial de Suecia del año 1984*, que reconoce el derecho del niño nacido por inseminación a conocer la identidad del donante al alcanzar la mayoría de edad. La ley española 14/06 si bien, en principio, admite que los hijos ~ naciólos tienen el derecho por sí o por sus representantes a obtener información general de los donantes "*que no incluya su identidad*", admite excepcionalmente, que "*...en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de /os donantes*" y que "*la revelación de la identidad en los supuestos en que procede conforme al art. 5.5 no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*".-



En tanto, en Argentina existe un vacío legal sobre el tema, habida cuenta que "...los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asintronismo entre la Ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que deben solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión...." (M., V. A. E I., G. s/ amparo, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 17-12- 08).-

Ante esta situación, se han presentado algunos proyectos de ley que aún se encuentran en debate en nuestro país. Entre ellos, encontramos el proyecto presentado en la Cámara de Diputados por Lía Bianco, Miguel Ángel Iturrieta y Timoteo Llera (Expediente n° 2977-D-2008), que propone que *"toda mujer puede ser inseminada con semen de un donante anónimo... El donante anónimo en ningún caso podrá reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de /as gametas por él donadas. Las personas nacidas de /os gametos donados por terceros, una vez llegados a la mayoría de edad, podrán solicitar conocer la identidad del donante que aportó sus gametos"*. En el mismo sentido, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva presentó un proyecto de ley de regulación de reproducción asistida ante la Cámara de Diputados, que incluye un capítulo sobre el uso de la gametas donadas (óvulos y espermatozoides): *"la persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de gametas donadas será reconocida • como hijo biológico de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido"*.-

Ese mismo derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061 ("Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes"), que establece en su artículo que los niños *"...tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres..."*. Asimismo la Corte Europea de Derechos Humanos en la causa: "M.A.J. c. Suiza", del 13/07/2006, y resolvió que: *"...el derecho a conocer su ascendencia queda incluido en el Q concepto marco de "vida privada", comprensivo de aspectos importantes de la O identidad personal dentro de la cual la identidad de los progenitores forma parte (/) 3 (caso Odiere c. Francia)..."*. En este precedente, la Corte consideró que la



negativa del gobierno de autorizar la realización de la prueba biológica afecta al demandante en su vida privada, por tratarse de un interés vital.-

Asimismo, el Proyecto presentado por Adriana Raquel Bortolozzi de Bogado en la Cámara de Senadores (Expediente n° 0113-S-2008), propone permitir la utilización de células germinales - óvulo o espermatozoide- provenientes de una tercera persona donante, pero *"...para la práctica de tal reproducción, los interesados deberán instar la jurisdicción de los juzgados con competencia en asuntos de familia"*.-

De todo lo expuesto se deduce que la laguna normativa respecto al tema planteado debe ser cubierto urgentemente con una ley de procreación humana asistida, que tenga en cuenta la supremacía de ciertos valores, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, a procrear, el derecho del niño a crecer en un ambiente familiar, y que se respete su identidad. Ello, atento a que el niño concebido mediante estas técnicas es más propenso a que se vulneren sus derechos, por lo cual necesita una protección especial. Asimismo, se debe considerar la situación de desamparo en la que se encuentra hoy el dador, y por otro lado, los padres que tuvieron intenciones de tener un hijo, los cuales se verían desplazados por quienes nunca lo hicieron, por el sólo hecho de que estos últimos hayan aportado el material genético. Entiendo, entonces, que es necesario plantear una reforma legislativa a fin de contemplar estas cuestiones, y respetar verdaderamente el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño y en las nuevas leyes de infancia, por lo que propongo ordenar al a quo que libre un oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (donación de gametas), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación para su eventual tratamiento por parte del órgano deliberativo.-

Finalmente, advierto que si bien esta técnica no se encuentra reglada en ninguna disposición normativa, ello no resulta un obstáculo para acceder a lo peticionado en autos, toda vez que, esta práctica no se halla prohibida por ley, y que existe una prescripción médica que recomienda recurrir a la donación de semen como consecuencia del cuadro de azoospermia que padece el Sr. G.-



Sin embargo, previo al inicio de tal tratamiento, el centro médico especializado deberá resguardar los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametas de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad.-

VIII. En cuanto las costas, considero que deben tenerse en cuenta varias circunstancias, a saber:

- a) el Agente del Seguro de Salud accionado cumplió, en su momento, la normativa impuesta por el Estado Nacional, ya que en el PMO no está incluida la prestación solicitada;
- b) debido a lo anterior, los accionados pudieron creerse con derecho a negar dicha prestación;
- c) la cuestión sometida a pleito fue excepcional porque no hace mucho tiempo que se abrieron los debates científicos en el mundo del derecho acerca de la obligatoriedad de cobertura de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad.-

Por lo expuesto, advierto que este caso concreto, existen razones para que la condena en costas, se aparte del principio general en la materia y se impongan en el orden causado.-

IX. Por todo lo expuesto, de conformidad con las disposiciones legales nacionales e internacionales citadas, propongo al Acuerdo:



1) Revocar el decisorio fs. 60/2, y en consecuencia: Hacer lugar a la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (A.M.F.F.A.), ordenando a la accionada que provea lo conducente para cubrir total e integralmente el tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de donante o banco. Para el caso de que fracase el mismo, se otorga hasta dos futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura;

2) Tratándose de una fecundación con gametos de un tercer dador deberá: a) obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, en los términos expresados en el punto VII del presente voto, b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos tema (donación de gametas), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente;;; 3) Imponer las costas de ambas instancias el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986).-

Tal es mi voto.-

Fdo.: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA, Juez de Cámara

El Dr. Slavin dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Tazza.-

Tal es mi voto.-

Fdo.: *LUIS PABLO SLAVIN, CONJUEZ DE CAMARA*

Mar del Plata, 27 de marzo de 2013.-

VISTOS:



Estos autos caratulados: "GAIDO, Gustavo G. y otro *el* A.M.F.F.A. *s/* AMPARO". Expediente N° 13.754 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad (Expediente N° 51.679) y lo que surge del Acuerdo que antecede

SE RESUELVE:

(Por unanimidad)

Hacer lugar al recurso de apelación incoado por los actores a fs. 65/7 y revocar el decisorio fs. 60/2, en consecuencia: Hacer lugar a la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (A.M.F.F.A.), ordenando a la accionada que provea lo conducente para cubrir total e integralmente el tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de donante o banco, bajo la atención médica del Dr. Marcelo Lauria.-

Tratándose de una inseminación artificial con semen de donante: a) Deberá obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso en forma confidencial impidiéndose, por ende, la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido informado pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad. b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos temas (inseminación artificial y donación de



gametos), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente.-

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Slavin)

Para el caso de que fracase el primer tratamiento, se otorga hasta dos futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura.-

Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986).-

REGISTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUELVASE.//-

Fdo.: Jorge Ferro (en disidencia parcial), Juez de Cámara – Alejandro Osvaldo Tazza, Juez de Cámara, – Luis Pablo Slavin, Conjuez de Cámara

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N.//-

Fdo.: Dra. ANALÍA DEFUCHI, SECRETARIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE **MAR DEL PLATA**

[1]CFAMDP, "López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo" reg.5646, de fecha 14/7/00.

[2]Chartzman Birenbaum, Alberto (30-08-2007). "Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión". Hologramática - Facultad de Ciencias Sociales UNLZ. Año VI, número 7, VS, pp69-85.

[3]CFAMDP, expte. nro. 11.578. T° XCVIII F° 14563.

[4]Ver en sentido similar, CFA de Rosario "Sala "B", "R., A. d MEDYCIN s/Amparo. Sumarísimo", del 27 de diciembre de 2011.

[5]Chartzman Birenbaum, Alberto. Op. cit.

[6]Del voto de la Sra. Juez Patricia G. López Vergara, en autos: "A.M.R. y otros e/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 6, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[7]Bentham: An introduction to the Principies of Moráis and Legislation.



- [8] Ver en idéntico sentido, lo sostenido en sentencia registrada al T° XCVIII F° 14563.
- [9] Antonio Andrade, "El Derecho a conocer la verdad biológica en conflicto con otros derechos fundamentales", DJ 17/06/2009.
- [10] CSJN, fallo del 1 de noviembre de 1999.
- [11] CS, Fallo S.1801. XXXVIII - "S., C. s/adopción", 2 de agosto de 2005.
- [12] Ley sobre la inseminación artificial (1985) -Niega el derecho al anonimato del donante de semen a favor de lo que considera un bien para el hijo- y Ley sobre la fecundación in vitro (1988).
- [13] Ley 35/88 sobre técnicas de reproducción asistida (22/11/1988).
- [14] Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).
- [15] "Derecho a la identidad", LL 2005-F-963, en comentario a la publicación del diario La Nación (Buenos Aires), jueves 22 de enero de 2004.
- [16] Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, del voto del Dr. Schreginger in re: "S.A.F. y A.HA" del 15/12/2008.
- [17] CFAMDP, "Hogar San Agustín s/ amparo", reg. XXXVIII - F. 7684
- [18] CFAMDP, "López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo" reg.5646, de fecha 14/7/00
- [19] Chartzman Birenbaum, Alberto (30-08-2007). "Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión". Hologramática - Facultad de Ciencias Sociales **UNLZ**. Año VI, número 7, VS, PP69-85
- [20] Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, del voto del Dr. Schreginger in re: "S.A.F. y A.H.A." del 15/12/2008.