

C. D. M. y otro c/ OSDEPYM s/ amparo Ley 16.986

Cámara Federal de Apelaciones de Salta

29 de setiembre de 2015.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 73/76 vta.; y

CONSIDERANDO:

I. Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la impugnación deducida por la demandada en contra del pronunciamiento de fecha 18 de mayo de 2015 (fs. 65/71 y vta.) por el cual el Juez de la instancia anterior resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. Aldo Bautista Carattoni y D. M. C. y, en su mérito, ordenó a la Obra Social demandada el reconocimiento económico o en su caso la autorización íntegra del costo que demande el tratamiento de alta complejidad de reproducción humana asistida – Técnica ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) dentro del alcance establecido por la ley 26.862 y su decreto reglamentario conforme a las pautas fijadas en la sentencia, como también la criopreservación; e impuso las costas a la vencida.

II. Que al resolver el magistrado tuvo por verificados los presupuestos que hacen admisible la vía del amparo considerando que los actores han logrado demostrar su imposibilidad para concebir, lo que llevó al especialista que los asiste a indicar el tratamiento en cuestión como única alternativa para lograr el embarazo. Respecto de la extensión de la cobertura en orden a la cantidad de intentos y a la criopreservación de los embriones dijo que: 1) Del decreto N° 956/2013 reglamentario de la ley N° 26.862 se desprende que los tratamientos podrán ser realizados en forma anual, tratándose de los de baja complejidad hasta 4 por año y 3 los de alta complejidad, sin especificar un límite total en el caso de estos últimos, sólo haciendo la aclaración de que deben ser efectuados con intervalos no menores a tres meses. De modo que, sostuvo el magistrado, si la ley no realiza ninguna especificación al respecto, y al estar ambos tratamientos (alta y baja complejidad) incluidos en el mismo artículo, se deduce que merecen igual trato (anual), pudiendo fijar un límite el médico en consideración a la salud física y psíquica del paciente; 2) Asimismo, entendió que del citado Decreto se desprende que dentro de las técnicas de alta complejidad se encuentran, además de la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides y la criopreservación de ovocitos y de embriones. Por ello, dijo, aunque pueda ser moralmente discutible, no se vislumbra una alternativa más favorable en orden a la protección de los embriones que la técnica de criopreservación de los que pudieran quedar sobrantes o supernumerarios, de manera que, desde que se admite la fecundación in vitro y las técnicas de poliovlación inducida, la conservación en frío resulta el complemento material para garantizar que los embriones eventualmente sobrantes puedan ser empleados en una ulterior transferencia.

Por todo lo anterior acogió el reclamo e impuso las costas a la demandada vencida.

III. – La obra social demandada expresó los agravios que la decisión anterior le provoca, los que pueden sintetizarse en: 1) No se tuvo presente al resolver que su parte nunca negó la cobertura requerida sino que intentó conciliar lo peticionado por sus afiliados con las normas y procedimientos

vigentes y con las concretas posibilidades que se fueron intentando. En ese sentido puntualizó que, en primer término, ofreció a los actores la realización del tratamiento con prestadores de cartilla ya que el Centro SARESA, elegido unilateralmente por los afiliados, no integraba la nómina. Ante la falta de aceptación, ofreció la cobertura de hasta \$ 30.000 por cada intento por ser los valores que se manejan con sus efectores, apuntando que, no obstante ello, se les solicitó a los beneficiarios un tiempo prudencial para intentar celebrar un acuerdo con el Centro SARESA el que, finalmente, pasó a ser un efector propio de OSDEPYM. Por último, relató que logrado el acuerdo cuando se le comunicó la novedad y que con ello accedían a la cobertura del 100% con ese efector, los amparistas se negaron a firmar en conformidad el presupuesto y continuaron con la vía judicial. Hizo especial mención a que los beneficiarios no acompañaron cierta documentación que le fue insistentemente requerida como es el caso del consentimiento informado, requisito obligatorio para poder brindar la cobertura conforme lo dispone la ley 26.862 y su decreto reglamentario. Solicitó se lo exima de costas citando lo dispuesto por el art. 14 de la ley 16.986. 2) Cuestionó, asimismo, que el juez ordenara la cobertura de la criopreservación de los embriones sobrantes para permitir su posterior eventual utilización a pesar de referir que puede ser moralmente discutible, olvidando así cuestiones bioéticas que no pueden dejarse de lado por revestir una gravedad inusitada como la situación de indefensión de los embriones sin implantar y su futuro incierto. 3) Por último, se agravó del alcance de la cobertura ordenada por el juez de grado al extenderla a tres intentos anuales. En este sentido advirtió que siguiendo los lineamientos de la ley 26.862 y de su decreto reglamentario, deberá reconocerse el costo de hasta tres tratamientos de alta complejidad en forma definitiva y no de tres de forma anual como ordenó el magistrado. Citó el art. 8 del decreto 956/2013 que regula la cuestión y destacó que los derechos deben ser entendidos de manera razonable partiendo de la letra de la ley, señalando que la anualidad de los cuatro tratamientos de baja complejidad, explicitada en la norma, no alcanza a los tres de alta complejidad, ya que no se repite la palabra “anuales”, agregando que se utilizó la palabra “hasta” que es una preposición temporal y que, como tal, “resulta un tipo de aposición que se caracteriza por aparecer típicamente al principio del constituyente sintáctico al que afecta, marcando así gramaticalmente el límite prestacional al que se encuentra obligado a cubrir mi [su] representada”.

Dijo entonces que el magistrado efectuó una interpretación errónea ya que corresponden tres intentos definitivos, sintetizando jurisprudencia que avala esta postura.

IV. – A fs. 80/84 la amparista contestó el traslado que le fuera conferido solicitando el rechazo de los agravios esbozados por su contraria, argumentando en esencia que no es real que se le haya brindado la cobertura integral contemplada por la ley ya que: 1) la misiva por la que se le hizo saber que el tratamiento se encontraba autorizado al 100% desde el 13/02/2015 -como excepción con un prestador que originariamente no estaba incluido en la cartilla (“Saresa”)- fue remitida luego de interpuesto el amparo; 2) se le negó la criopreservación de embriones expresamente contemplada en la norma fundado en ciertos reparos ya zanjados por la ley; 3) la Obra Social efectuó una interpretación errónea respecto de la cantidad de intentos de tratamientos de alta complejidad habilitados por el Decreto N° 956/2013 reglamentario de la ley 26.862.

V. – A fs. 89/92 dictaminó el Fiscal General Subrogante propiciando el rechazo del recurso de apelación interpuesto y la consecuente confirmación de la sentencia impugnada.

VI.- Que la ley 26.862 y su reglamentación han establecido la cobertura “integral” de los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida (art.1 de ambas normas), comprensivos 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.” (art. 8 de la ley 26.862). Esta última disposición establece además la inclusión en el PMO de los servicios, prácticas e insumos de referencia.

La naturaleza prestacional del derecho a la salud conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso de los servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de la salud; destacándose el carácter impostergable que tiene para la autoridad pública, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (confr. esta Cámara in re “López Berto Julio -en representación de su madre Juana Flora Escobar- c/Obra Social de la Actividad Docente s/amparo-medida cautelar” del 19/01/2010, entre otros).

Estas pautas, sin embargo, no deben interpretarse en forma aislada, sino conjugadas con el resto del ordenamiento, pues “en tanto los derechos consagrados en la Constitución no son absolutos, resulta incuestionable la facultad concedida al legislador de establecer los requisitos a los que debe ajustarse una determinada actividad, siempre que estos sean razonables” (cfr. Fallos: 321:3542; 322:2817; 325:11; 325:645; 330:4988).

VII. – Que precisado lo anterior, como se anticipó, los agravios del apelante se centran en: 1) la calificación de su conducta como arbitraria y reticente y, por ende, la imposición de costas a su parte; 2) el alcance de la cobertura en cuanto al número de intentos que cabe reconocer y 3) la cobertura de la crioconservación de embriones.1) Que tal como surge del relato de fs. 49/57, OSDEPYM reconoce la calidad de afiliados al plan “Pyme2000” de la Sra. D. M. C. y del Sr. Aldo Bautista Carattoni, afirmando que tienen cobertura garantizada por el PMO en su totalidad, incluidas las prestaciones de fertilización asistida conforme la ley 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/13. Asimismo, fluye que en fecha 20/11/2014 la Sra. C. se presentó en las oficinas de la Obra Social entregando la documentación que allí se detalla y, frente a ello, se le proporcionó un formulario para ser completado suscrito por su médico tratante. Entregado que fuera, y revisado por la auditoría médica, se le solicitaron nuevos estudios y el consentimiento informado, no obstante lo cual autorizaron en fecha 2/12/2014 la entrega de un total de \$ 30.000 a modo de excepción y por ser el total que la Obra Social reconoce a sus prestadores de cartilla.

Los afiliados iniciaron el amparo con fecha 14/01/2015 acompañando un presupuesto emitido por SARESA que data del 10/11/2014 y asciende a \$ 40.000 el que no incluye cripreservación de ovocitos o embriones (fs. 41).

El 18/02/2015, después de iniciado el amparo, la Obra Social remitió carta documento al afiliado destacando que ya se le había autorizado la práctica el 2/12/2014 por la suma de \$ 30.000 y que se había obtenido un acuerdo con SARESA por lo que la cobertura sería del 100% estando el presupuesto aprobado con fecha 13/02/2015 sin que se incluya la cripreservación. Tales circunstancias deben tomarse en cuenta para la solución del presente caso, en atención al postulado general que indica que los pronunciamientos judiciales deben contemplar la situación existente al momento de su dictado (Fallos:303:347; 303:2020, entre otros y este tribunal en fallo del 10/2/97

“Comunidades Indígenas del Pueblo Kolla c/Finca Santiago y Provincia de Salta s/Interdicto”, entre otros).

Por tal motivo, y como OSDEPYM ha manifestado que autoriza el 100% del tratamiento de fertilización asistida y que lo hará con el Centro SARESA elegido por los amparistas, resulta estéril pronunciarse sobre esta cuestión toda vez que, conforme se ha señalado, no es posible que los jueces resuelvan asuntos vacíos de contenido en el curso del proceso (Fallos: 294:239; 298:84 y 301:947, y este Tribunal en “Chaile José Nicolás en representación de su hija Luisana Maite Chaile c/Obra Social del Personal de Instalaciones Sanitarias (OSPIS) s/actuaciones relativas recurso de apelación – Medida cautelar” del 10/4/12; “AFIP c/ Povoilo Luis Dino s/Infracción al art. 40 de la ley 11.683 del 6/2/02; “AFIP c/ Gómez Rocco y Cia. SRL s/ Infracción al art. 40 de la ley 11.683” del 19/3/09; “Fresa Fábrica Rosarina de Envases S.A. -GIMI S.A.- Segura López Miguel -Aluga SAICAIIS - Prograno c/PEN s/Amparo -Medida cautelar” del 25/09/08, entre otros).

2) Que en lo que concierne al número de intentos de tratamientos que le corresponde asumir a la Obra Social accionada, es dable observar que los jueces sólo están en condiciones de pronunciarse sobre el contenido de la relación procesal mientras se mantenga un real interés del accionante pues, tal como decía Ihering, el interés es la medida de la acción. En esta línea, en efecto, se ha dicho que el perjuicio que una resolución causa al recurrente y la posibilidad de su reparación, determinan el interés del apelante, el que habilita el ejercicio de la acción o recurso (cfr. doctrina de Fallos:5:176).

Así, aunque la causa de una pretensión haya podido presentarse inicialmente como concreta, es factible que con posterioridad se torne abstracta, como consecuencia de las condiciones constitutivas del objeto de la decisión jurisdiccional perseguida (conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en las causas, “Freiberg”, sent. del 10/03/1998 y “Domine”, sent. del 26/05/1999, entre otras).

Sobre tales bases, una cuestión a resolver se torna abstracta si alguna de las partes no puede válidamente alegar la existencia de un perjuicio concreto, derivado de la aplicación de la acción u omisión atribuida a una parte, tal y como sucede en el caso sub examine.

En efecto, tanto al tiempo del dictado de la sentencia impugnada como a estas alturas, aparece prematura la pretendida condena a la Obra Social demandada en el punto que aquí se trata, pues de la suerte de la realización de los primeros tres intentos del tratamiento, o de alguno de ellos - sobre lo que no se evidencia discusión alguna- dependerá la existencia o no del conflicto que anticipó la actora en su demanda y que en esta instancia suscita el agravio de la accionada (confr. en análogo sentido este Tribunal en las causas “R., D. R. y otra c/Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986”, del 4/11/2014 y “A., M. c/OSPE s/amparo ley 16.986” del 19/11/204).

Así las cosas, ha de revocarse lo resuelto respecto a esta cuestión en la sentencia de fs. 65/71 y vta., sin perjuicio de reiterarse que esta decisión no cercena en modo alguno el derecho de la actora de acceder a los tratamientos requeridos en los términos no controvertidos que surgen de la reglamentación invocada.

3) a. Que análoga a la precedente es la conclusión que se impone en relación a la requerida criopreservación de embriones, dada la convergencia de voluntades de ambas partes respecto de la realización de la práctica y lo dispuesto por este Tribunal en las causas “R., N.F. c/O.S.PJN”

sentencia del 03/09/2010 y, en especial, en “L.O.A. c/Swiss Medical S.A. s/amparo”, sentencia del 8/07/2013.

En efecto; habiéndose reconocido en dichas resoluciones la personalidad del embrión in vitro, con sustento en las normas constitucionales e infraconstitucionales que integran nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no se ha alterado -en lo que concierne al Código Civil- con la sanción del nuevo Digesto unificado en tanto, por un lado, el art. 19 mantiene y, en rigor, profundiza (aclarando y actualizando) los arts. 51, 63 y 70 del Código de Vélez, ya que estipula que la vida principia desde la concepción, sin más (suprimiéndose la originaria redacción de esa norma que disponía, en cuanto aquí interesa, que “en el caso de técnicas de reproducción asistida” la existencia de la persona humana “comienza con la implantación del embrión en la mujer”); y, por otro, el art. 9, segundo párrafo, de la ley 26.994 de sanción del Código vigente ordena dictar una norma destinada a “proteger al embrión no implantado” (a la fecha todavía en discusión); corresponde resguardar, para emplear una expresión conocida en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, “en la mayor medida de las posibilidades fácticas y normativas disponibles” (confr. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 83 y sgtes.) los principios constitucionales que se dan cita en la causa, a saber, el referido derecho a la vida y a la integridad del embrión; los derechos a la salud y a la maternidad de la Sra. D.C. y a la formación de una familia en cabeza de los actores y, si bien no resulta controvertido en autos, el derecho a trabajar y al ejercicio de toda industria por parte de los centros responsables del proceso de reproducción asistida y el de los prestadores de salud encargados de sufragar dichas técnicas.

De ahí que en el citado precedente “L.O.A.” este Tribunal resolvió, en cuanto aquí es pertinente, y en línea con lo dispuesto por la legislación alemana, que los embriones obtenidos por ciclo debían ser implantados de una vez, en un número máximo de tres de modo de resguardar tanto la integridad física de la mujer, cuanto la dignidad del embrión, evitando acudir, como se pretende, a una criopreservación que bien puede ser innecesaria de resultar exitoso el procedimiento, la cual, además de onerosa para el sistema en su conjunto (pues éste deberá disponer su resguardo en condiciones adecuadas sin que, ante la eventualidad del éxito precedentemente señalado, resulte necesario su empleo posterior), tornaría incierto el destino de los embriones pues de no ser requerida una posterior implantación, podrían ser destinados a la investigación o descartados sin más, en desdoro de la protección que dimana de su referido estatuto, máxime si en el debate de la ley 26.682 se reconoció expresamente que las cuestiones relativas a la crioconservación fueron excluidas de su tratamiento, el que debía abordarse ya en la reglamentación (la que no arrojó mayor luz sobre el punto), ya al tratarse el Código Civil y Comercial entones en trámite y, si como se verá, se halla en la actualidad a estudio una disposición específica respecto de este asunto (confr. intervenciones en la Cámara de Diputados -Orden del Día 469 y 2031- de Fiad, Guzmán, Linares, Lores, Storani, Triaca y en Senadores -Sesión del 24/4/13- de Cano y Rodríguez Saá).

b. Que lo recién expuesto resulta avalado si se observa la variedad y contradictoriedad de las soluciones legislativas y jurisprudenciales comparadas ante los reparos éticos y las controversias filosófico-jurídicas, constitucionales y científicas que provoca una materia como la presente (confr. entre una amplísima bibliografía y sin pretensión de exhaustividad -además de las referencias que se brindan en los precedentes de esta Cámara en “R.,N.F. c/OSPJN” y “L.O.A. c/Swiss Medical S.A.”- , los estudios de Vega M., Vega J., Martínez Baza P., “Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito Europeo”, Cátedra de Medicina Legal- Universidad de Valladolid,

<http://www.bioeticaweb.com/regulación-de-la-reproducción-asistida-en-el-ambito-europeo>: “El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones – DEPESEX/BCN/Serie Estudios Año XIV, N° 297 – Julio de 2004 o Lamm, Eleonora, “Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 43 – La Ley 20/05/2015 – Cita Online: AR/DOC/1297/2015).

Así, obsérvese que en el primer aspecto (el plano legislativo), en cuanto aquí concierne, como se anticipó, el legislador alemán dispuso la prohibición de la fecundación de más óvulos de los que puedan ser transferidos a una mujer en el transcurso de un ciclo, prohibiendo la extracción de más ovocitos de los necesarios así como la fecundación de más de tres de ellos cada vez. Se prohíbe asimismo la criopreservación de embriones, autorizándose sólo en aquellos casos en donde resulte absolutamente necesario diferir la implantación (confr. Ley n° 745/90 de protección al embrión del 13/12 de ese año en bibliotecajuridica.org/libros/5/2292/5.pdf y Gabardi, María Virginia “Embriones Humanos: entre el vacío legal y la desmedida manipulación”, Departamento de Investigaciones – Setiembre 2010 – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano cita: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf).

A su vez, en análogo sentido y con posterioridad a las normas germanas, la Constitución Federal Suiza -texto del 01/01/2000- (arts. 119.1. y 120.1.) dispone que sólo se puede fecundar el número de óvulos que van a ser inmediatamente implantados (art. 119, 2do. párrafo), en tanto que la ley italiana del 19/02/2004 N° 40 titulada “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” impide fecundar más embriones de los que se vayan a transferir a la mujer.

Por lo demás, las leyes europeas sobre reproducción asistida difieren en el caso de la experimentación embrionaria.

Así en el reciente pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/08/2015 en la causa “Parrillo vs. Italy” (Applications n° 46.470/11) se menciona que Italia, Eslovaquia, Alemania y Austria prohíben que los embriones sean destinados a la investigación, en tanto que en Andorra, Latvia, Croacia y Malta, sus leyes expresamente rechazan la investigación sobre células madre embrionarias, añadiéndose que dieciséis países aún no regulan el tema.

En efecto; en Alemania la investigación con células troncales humanas está prohibida a través del Acta de Células Troncales en vigor desde 2002 (confr. Alvarez Diaz, Jorge Alberto, “Donación de embriones en países desarrollados”, Unidad de historia de la medicina. Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid <http://www.medigraphic.com/pdf/gaceta/gm2010> con cita de Müller C., “The Status of extracorporeal embryo in German Law”, Law Hum Genome Rev 2005;23:139:165. Confr., asimismo sobre el tema, Comisión de las Comunidades Europeas, “Informe sobre la investigación en células troncales de embriones humanos” -Bruselas 3.4.2003- y Chiapero, Silvana María; Fernández, Ana Paula; Oroná, Wendi Romina “La criopreservación de embriones en la ley argentina (ley 26.862). Rectificando un error”, DFyP 2014 (octubre) 03/10/2014, 152 (Cita Online AR/DOC/3092/2014).

En cuanto a la República Italiana, en el recién referido precedente “Parrillo”, por 16 votos a 1, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que no constituye una violación del derecho a

la vida privada y familiar en los términos del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos la prohibición que la ley de ese país estatuye respecto de que los embriones sean destruidos y utilizados en investigación, considerándose que -dada la falta de consenso sobre el punto- éste queda reservado al “margen de apreciación propio de cada estado”. Sobre el particular, interesa resaltar el voto concurrente del Juez Pinto de Albuquerque quien, tras analizar el estatuto del embrión humano según los estándares de las Naciones Unidas y los más importantes documentos internacionales de derechos humanos y bioética, concluye que “el embrión” es un ‘otro’, un sujeto con un status legal que puede y debe ser considerado frente al status legal de los progenitores, lo que está en línea con la posición de la Corte Constitucional Italiana de considerar protegido el derecho a la vida del embrión bajo el art.2 de la Constitución Italiana, por lo que los embriones humanos deben ser tratados en todas las circunstancias con el respeto debido a la dignidad humana, siendo incompatible con la Convención producir o usar embriones humanos vivos para la preparación de células madre embrionarias, o producir embriones clonados y luego destruirlos para producir células madre embrionarias”.

El criterio sentado en este precedente coincide con el ya establecido por el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”, celebrado en abril de 1997 a instancias del Consejo de Europa y conocido como “Convenio de Oviedo”, cuyo artículo 18 (investigación sobre embriones in vitro) categóricamente dispone: “cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión” y “se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación” (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado – Documento B0E-A-1999-20638 <http://www.boe.es/buscar/doc>).

Por el contrario, España autoriza la investigación y descarte de embriones – Ley 35/1988 – Modificada por la Ley 14/2007 del 3/07 de ese año intitulada de “Investigaciones Biomédicas” (confr. Chiapero, et alii, “La criopreservación.”, ob.cit.) y Ley 14/2007 (confr. en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado B0E-A-2007-12945).

Por su parte, si bien la ley argentina (26.862) en su art. 2do.entiende “por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo” lo cual impide, como principio, considerar que resulte admitida la investigación o descarte de embriones, el anticipado proyecto de ley que en nuestro país regula el “derecho y relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la protección del embrión no implantado” y que cuenta con media sanción legislativa, publicado en Cámara de Diputados de la Nación – Sesiones Ordinarias 2014 – Orden del día N° 1003 (www.hcdn.gov.ar), dispone lo contrario (confr. arts. 12 in fine y 19 incs. “i” y “j” y 26 inc.”f”).

Asimismo, cabe señalar que Suecia acepta la investigación embrionaria con ciertos límites -Ley 1991- (fundamentada desde el punto de vista médico y hasta el día 14 después de la fecundación) (confr. Herrera Solorio, Jorge, “Investigación en embriones. Una legislación en busca de consenso”, <http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2012/cgs122c.pdf>; Vega M, et alii “Regulación de la reproducción .”, ob. cit.).

Por su parte, en el segundo aspecto (plano jurisprudencial), además del recién citado precedente “Parrillo”, en el cual en el consid. 182 se lee que “los límites impuestos a nivel europeo [relativos a

la investigación de embriones] apuntan a moderar los excesos en esta área”, considérese lo dispuesto por la Corte de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en la causa “Oliver Brüstle v.Greenpeace Vof”, del 18/10/2011 en la que, en el marco de la petición de prejudicialidad planteada con el fin de interpretar una norma de la Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, expresó que “constituye embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”. Sobre tales bases, el tribunal arriba a dos trascendentes conclusiones: por un lado, excluye la utilización de los embriones “con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”; y, por otro, prohíbe “la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen.” (confr. asimismo, Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual N° 5 – Junio 2015 – Fecha 24/06/2015 Cita: IJ- LXXIX-359 <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/doctrina1505.pdf>.Y, con un alcance diverso, consúltese lo resuelto en la causa “Artavia Murillo” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre cuya inteligencia, por un lado, y gravitación respecto de nuestro país, por el otro, esta Cámara se expidió in extenso en el citado precedente “L.O.A.” al que se reenvía.

c. Que, en conclusión, a la luz, entonces, como se anticipó, de las diversas y opuestas consideraciones precedentes, se reitera que el Tribunal ha optado por tomar los recaudos necesarios para compatibilizar en esta materia, tanto el avance de la ciencia cuanto el respeto por la integridad e identidad humana de todos quienes participan de los procedimientos aquí descriptos, en línea con los principios liminares que gobiernan desde el célebre informe “Belmont” del 18/04/1979, los aspectos bioéticos: beneficencia; no malificencia; autonomía y justicia. Es que en este ámbito se erige en una regla de oro -en especial ante la variedad y trascendencia de los ya citados derechos fundamentales que se dan cita en una cuestión como la presente- el resguardo, como ya se expresó en el precedente “R.N.F” (consid. V.3.b.2) del principio pro homine, “criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma mas amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria” (Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos”, en AA.VV., La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Buenos Aires, 1997, p.163).

Es que, ante la existencia de derechos competitivos de primer orden, la solución que aquí se propicia engarza, al decir del ya citado Alexy, con la “optimización” que es requerida en orden a concretarlos en la mayor medida de las posibilidades fáctico-normativas, lo cual entraña resguardar el principio de proporcionalidad que guía dicha concreción de modo de no alterar y, mucho menos, cercenar, el contenido esencial o sustancia de los derechos constitucionales imbricados en la presente causa, temperamento que, por lo demás, dimana de la lectura conjunta de los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional y de la exegesis realizada al respecto por constante y conocida jurisprudencia del Alto Tribunal (confr. Fallos:251:87 y sus citas; 312:1082; 330:4988 y muchos otros).

Se trata, en suma, como expresa Sagües, en referencia nuevamente al derecho internacional de los derechos humanos, de que un derecho de esta índole mucho más actualizado, y prácticamente aceptado hoy día, propone la primacía del 'mejor derecho', en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones" (confr. Sagües, Néstor P., "De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'", JA 2013-IV, SJA del 9/10/2013, p. 53).

En tales condiciones, el Tribunal estima que no resulta atendible cuanto menos la criopreservación requerida por la actora y, por lo tanto, corresponde revocar lo resuelto por el a quo de autorizarla, por lo demás, en un número de embriones no determinado.

Ahora bien; lo aquí decidido no empece – precisamente con sustento en el derecho constitucional a la salud reproductiva que ampara a la actora y, como ya se anticipó supra, consid.VII.2, in fine-, que si la práctica que mediante la presente decisión se dispone no resultara satisfactoria, se proceda -en los términos del art. 8 de la reglamentación- a otros intentos.

4) Que autorizada la práctica con el alcance recién explicitado, corresponde precisar que en el citado precedente "L.O.A" esta Cámara también dispuso que "Deberá ser requerida con anterioridad a la realización de cada procedimiento, la aceptación libre y consciente de los amparistas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos".

Pues bien, dicho recaudo deberá seguirse en el sub lite, extremo que, de igual modo, ha sido cohonestado por el nuevo Código unificado, cuyo art.560 disciplina, precisamente, el "consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida" ordenando que "el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".

Por último, habida cuenta de lo considerado y resuelto por este Tribunal en los citados precedentes "R.N.F" (sent. del 3/09/2010) y "L.O.A" (sent. del 8/07/2013) sobre los derechos constitucionales involucrados en causas como la que aquí se examina -aspecto este puesto de relieve por el Fiscal actuante a fs. 92- para el cumplimiento de la sentencia habrá de darse intervención al Asesor de Incapaces a los fines que hubiere lugar.

Dada la extensión de los citados precedentes, cuyas partes pertinentes se han transcripto en los párrafos anteriores, quedan a disposición para su compulsación por mesa de entradas del Tribunal.

VIII. Que, por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso deducido debiendo la accionada brindar la cobertura del 100% que demande el tratamiento de reproducción humana asistida técnica ICSI a realizarse en el Centro SARESA requerida por los actores en los términos de ley, con la modalidad establecida en el presente pronunciamiento, dejándose en consecuencia constancia de que, en orden al número de intentos, habrá de estarse a lo señalado en el considerando VII, apartado 2), sin que, atento el modo cómo se resuelve, corresponda proceder a la criopreservación de un número indeterminado de embriones con sustento en lo expuesto en el considerando VII, apartado 3), cupiendo, por ende, revocar la decisión del a quo respecto de los dos últimos puntos que acaban de mencionarse.

IX.- Que, en cuanto a las costas, corresponde distribuir las por el orden causado atento a lo explicitado en el considerando VII, apartado 1); a la forma en que se resuelve y a las modificaciones que se disponen respecto de lo decidido por el juez de grado consecuencia de la novedad y complejidad de la presente materia (art. 68, segundo párrafo del CPCyCN).

Por lo que, se

RESUELVE:

I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto por la accionada a fs. 73/76 y vta. contra la resolución de fecha 18 de mayo de 2015 (fs. 65/71 y vta.), debiendo darse cobertura al tratamiento requerido con los alcances que surgen del Considerando VII, apartados 2, 3 y 4.

II) ORDENAR la intervención del Asesor de Incapaces en la etapa de ejecución de sentencia atento los derechos involucrados en la causa.

III) IMPONER las costas por el orden causado (art. 68, 2do. párrafo, CPCyCN).

IV) REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase la causa al Juzgado de origen a sus efectos.

Se deja constancia que la tercer vocalía se encuentra vacante.

Fdo. Dres. Luis Renato Rabbi

Baldi Cabanillas

Jorge Luis Villada

Jueces de Cámara

Ante mí: Ernesto Solá

Secretario