

Sumarios

1. Introducción. - 2. El caso analizado: hechos y *holding*. - 3. Los *obiter dicta*. - 4. Algunas precisiones sobre el derecho a la salud. - 5. Cosificación del embrión producido extracorpóreamente. - 6. Conclusión.

**Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar(1)**

*“En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad”* (Immanuel Kant(2))

1

Introducción

Celebramos en esta oportunidad el dictado del primer fallo en el fuero federal que rechaza la cobertura por parte de una obra social de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea(3). Y lo celebramos doblemente, porque además del resuelvo -único, a nuestro juicio, que podría dictarse en el caso, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina-, sus considerandos abordan cuestiones *prima facie* innecesarias -por las razones que exponemos en el punto 2 *in fine*- para fundamentarlo, pero muy valiosas y valientes.

2

El caso analizado: hechos y *holding*

Un matrimonio interpone acción de amparo ante el Juzgado Federal N° 1 de Salta a fin de que se le otorgue “amplia, completa e integral” cobertura médica asistencial y farmacológica para la o las técnicas de fecundación artificial que los médicos tratantes consideren eficaces para lograr un embarazo, obstaculizado por la endometriosis avanzada que padece la esposa.

El juez federal de Primera Instancia rechaza la acción por considerar que el amparo no es la vía idónea para tramitar esta cuestión. Apelada la sentencia, la Excma. Cámara Federal de Salta, por unanimidad, rechaza la apelación interpuesta. Dado que el recurso de apelación es deducido tan sólo por el esposo, en tanto que la esposa consiente el fallo del *a quo*, a su respecto la sentencia quedó firme. Y toda vez que es ella la receptora de la medida que se solicitaba, pronunciarse devino inoficioso.

3

Los *obiter dicta*

El argumento sintetizado en el punto anterior hubiese bastado para fundar el rechazo del recurso de apelación interpuesto. “Sin perjuicio de ello y en atención a la índole de los derechos invocados” (conf. consid. V. 1. del voto del Dr. Rabbi Baldi), a saber: el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la vida y a la salud de los embriones, el tribunal analizó exhaustiva y ejemplarmente los restantes aspectos formales y sustanciales planteados en el caso. Sintetizamos algunos para detenernos en el cuarto:

- 3.1. *Imprecisión del objeto de la demanda(4) y deficiencia probatoria(5).*
- 3.2. *Inadmisibilidad del amparo como vía procesal idónea*, por falta de manifiesta ilegalidad de la conducta de la obra social demandada, dado que ninguna norma le impone la cobertura de las técnicas(6).
- 3.3. *Inexistencia de obligación a cargo de la demandada*: el carácter experimental de las técnicas también excluye la obligatoriedad de cobertura por parte de la demandada(7).
- 3.4. *Conflicto de derechos versus armonización de intereses.*

El voto del Dr. Rabbi Baldi parte de la postura jurisprudencial de la Corte Suprema, que reconoce que “la adecuada interpretación de los derechos constitucionales es aquella que concilia armónicamente los derechos que se dan cita en cada caso”(8). En esa conciliación de derechos -que es en realidad una “armonización de intereses”(9)-, sostiene el camarista que debe resguardarse su “contenido esencial” (o *Wessensgehalt*, expresión que toma de la *Grundgesetz* alemana en su art. 19, inc. 2°)(10).

Habiendo admitido el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la vida y a la salud de los embriones a producir mediante las técnicas de fecundación artificial cuya cobertura se solicita, considera el Dr. Rabbi Baldi que la tarea del tribunal tiene por objeto dilucidar si éstas garantizan los “contenidos esenciales” de todos los bienes jurídicos, ya que si ello no ocurre, la acción no resulta procedente.

Analizando luego los riesgos para la vida, la salud y la cosificación de los embriones, que subyace a las técnicas cuya cobertura se solicita (conf. consid. V. 3.c.2-4), concluye que “resulta incuestionable (...) que una legislación (y, con mayor razón, una sentencia) no puede desconsiderar o, directamente silenciar aspectos sustanciales de la materia bajo estudio, a saber, el estatuto del embrión y del ovocito pronucleado, de donde, inexorablemente, la resolución de la causa no pasa por el aislado reconocimiento del derecho a la salud y, por extensión, a la constitución de un núcleo familiar y/o por el análisis de las consecuencias económicas del sistema, sino por la armónica admisión y efectivización ‘en la mayor medida de lo posible’ de todos los derechos involucrados”(11). “Así las cosas, ante el inexorable deber de decidir, se considera (...) que el modo - fecundación *in vitro*- como los actores solicitan que sea garantizado su derecho a la salud y a la maternidad no debe recibir favorable acogimiento”(12).

Se enrola de este modo el Dr. Rabbi Baldi en una postura realista de armonización de intereses de las partes, opuesta a la postura del conflictivismo, que “consiste en un modo de razonar que presenta ciertos casos relativos a derechos fundamentales (...) como conflictos entre esos derechos o entre derechos y bienes públicos, y no simplemente entre pretensiones de los litigantes...”.

Sostiene Pedro Serna que “la inevitabilidad del conflicto es una consecuencia necesaria de pensar el derecho desde el individuo, y no desde la relación social”(13). En efecto, el conflictivismo considera al derecho primordialmente como potestad subjetiva, y no como algo que está “en las cosas” (en las relaciones(14)). Por otra parte, “sin perjuicio del uso metonímico o analógico por el cual se designe con el término a la facultad subjetiva, ella no es propia y esencialmente derecho pues, precisamente, la facultad se posee a partir de que el sujeto es titular de ese derecho. Por lo tanto, aquello que es entitativamente ‘derecho’ precede a la facultad subjetiva”(15).

Precisamente esta base doctrinal de pensar el derecho desde la relación social (“la vida en sociedad conlleva la coexistencia de un entramado de derechos que exige armonizar sus pertinentes aplicaciones o ejercicio”(16)), le permite al camarista arribar a una solución justa del caso, resguardando el “contenido esencial” de los derechos fundamentales de las personas por nacer involucradas.

4

Algunas precisiones sobre el derecho a la salud

Los actores alegan como fundamento de su pretensión su derecho a la salud, que -sostienen- debería ser garantizado por la autoridad pública mediante acciones positivas para que la amparista R. “logre un embarazo”. Implícitamente afirman que el derecho a la salud les otorga el “derecho a un embarazo”, es decir, a tener un hijo de modo artificial. Es decir que afirman también tener un “derecho al hijo”(17), cosificándolo, tal como explicaremos en el punto siguiente.

Expresiones tales como “derecho a la salud reproductiva”, “derecho a procrear”, “derecho al hijo”, “derecho a disfrutar del progreso científico” son harto frecuentes en los fallos que abordan los planteos de pedido de cobertura de las técnicas de fecundación artificial.

Asimismo, la “salud reproductiva” está contemplada en treinta y seis normas infraconstitucionales argentinas(18).

Esas expresiones evidencian un *nuevo paradigma de la salud*(19), que subordina los derechos individuales a los derechos económicos y sociales, y privilegia el llamado “derecho al desarrollo de las sociedades”, de modo que el derecho a la vida de todo ser humano queda condicionado a su *utilidad social*(20). En efecto, las técnicas cuya cobertura se pide a la obra social demandada, fundadas en el “derecho a la salud” de los actores, están íntimamente ligadas al concepto de utilidad social sostenido por este paradigma que conlleva la “selección embrionaria”, el “descarte de embriones”, la existencia de “embriones sobrantes”, “embriones inviables” (léase: enfermos). Sólo se permitirá nacer a los más aptos, a los que puedan llevar “una vida social y económicamente productiva”(21). Este nuevo paradigma de la salud -que reinterpreta el derecho a la salud- es el que permite a los actores alegar el supuesto “derecho al embarazo”, ya que éste no se encuentra consagrado en nuestra CN ni en ningún Tratado Internacional y es -desde el punto de vista del derecho natural- inexistente.

En efecto, hasta la reforma constitucional de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. El nuevo art. 42 de la CN dispone la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la “relación de consumo”, en sintonía con lo expuesto en el párrafo anterior.

Los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CN por el mecanismo establecido en el art. 75, inc. 22(22), no contienen las expresiones “salud reproductiva” y “derecho a procrear”.

Actualmente, existe una campaña internacional de ONG que promueven la firma de una “Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos”, ya que no existe ningún documento vinculante que establezca los llamados “derechos sexuales y reproductivos”. Éstos pretenden derivarse del derecho a la salud, mediante su reinterpretación. En efecto, en la actualidad, se sostiene que “todos los derechos humanos deben ser construidos socialmente y por lo tanto, son relativos y continuamente reinterpretados a medida que transcurre el tiempo”(23). Durante la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos (1993), el entonces Secretario General de la ONU, Boutros Ghali, manifestó claramente que los derechos humanos “son por definición mudables. Con esto quiero decir que son al mismo tiempo expresión de mandatos inmutables y manifestación de un momento de la conciencia histórica”(24).

Esta interpretación del ex Secretario General de Naciones Unidas pasó a ser doctrina oficial del Organismo y comenzó a infiltrarse en la legislación y jurisprudencia de las naciones.

En una reunión que se llevó a cabo en San José de Costa Rica del 14 al 16 de mayo de 2002, los ombudsmen de América latina, con ocasión del seminario-taller denominado “La Promoción y la Protección de los Derechos Reproductivos a través del Trabajo de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos” (seminario-taller convocado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACDH], el Fondo de Población de Naciones Unidas [FNUAP] y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH]), utilizaron como documento de trabajo *Promoción y protección de los derechos reproductivos a través de las instituciones nacionales de derechos humanos*, de Alda Facio(25). La autora menciona “doce derechos que hoy en día conforman los derechos reproductivos”, aunque se ve obligada a reconocer que “estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos”.

El primero de ellos es el derecho a la vida, que interpreta exclusivamente como una suerte de derecho a no morir que tendría toda mujer que quiere abortar. El segundo sería el *derecho a la salud*, con esta curiosa interpretación falaz y tautológica: “Si el derecho a la salud reproductiva es parte del derecho a la salud, es obvio entonces que el derecho a la salud reproductiva está garantizado por varios tratados internacionales,

como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la CEDAW...”(26). El cuarto derecho que menciona sería, para esta autora, el *supuesto derecho a “elegir el número e intervalo de los hijos”*(27). Finalmente, se mencionan los supuestos derechos “a la información adecuada y oportuna”, a “modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer”, y “a disfrutar del progreso científico”. La “combinación” del derecho a “elegir el número e intervalo de los hijos” con el derecho “a disfrutar del progreso científico” lleva a sostener -erróneamente- la existencia de un “*derecho a procrear mediante las técnicas de fecundación artificial extracorpórea*”, a costa de muchas vidas humanas (conf. estadísticas citadas por el Dr. Rabbi Baldi en consid. V. 3.c.2-4).

Esta reinterpretación de los derechos humanos, basada en el concepto de derecho subjetivo y desvinculada de la consideración de la realidad social (el “pensar el derecho desde el individuo”, al decir de Pedro Serna(28)), conduce a violaciones flagrantes de los derechos humanos de personas inocentes e indefensas -en el caso, los embriones concebidos extracorpóreamente-.

5

Cosificación del embrión producido extracorpóreamente

Dignidad significa bondad en sí mismo; en cambio, utilidad significa bondad para otra cosa que uno mismo(29). El hombre es la única creatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico, el cual es desarrollado -respecto del embrión- por el Dr. Rabbi Baldi en el consid. V. 3.b.2. de su voto.

Tal como explicamos en el punto anterior, la pretensión de los actores “cosifica” al hijo. Y es que cuando el hombre pretende detentar el poder para hacer de sí mismo lo que le plazca, enarbolando “derechos subjetivos” desvinculados de las relaciones sociales, su pretensión se plasma en el hacer de otros hombres lo que le place(30), convirtiéndolos en medios para satisfacer sus caprichos (conf. consid. V. 3.c.3. del voto del Dr. Rabbi Baldi). Pero -sostiene- los embriones no son cosas y, por tanto, no deben ser susceptibles de contratación, careciendo, entonces, de precio alguno. Y afirma, junto con Kant: “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad” (31).

Para profundizar en esta sentencia, y meditarla respecto del caso que comentamos, remitimos al lector a la lectura del libro *Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*(32).

Encontramos en la siguiente descripción del Dr. Scala, una aplicación de la sentencia de Kant al caso de marras: “La relación comercial comienza con un cliente que contrata un laboratorio -abonando sumas importantes- para que éste le ‘fabrique’ un hijo. Por ahora, el hijo no es confeccionado a medida, porque la técnica es aún bastante primitiva. Pero -debemos confesarlo- en honor a la verdad- tal tecnología además de tosca, fundamentalmente muy cruel e inhumana. La aceptación legal o la tolerancia social de cualquier técnica de procreación artificial implica -necesariamente- adoptar la postura jurídica de que el embrión humano es una cosa. Y si fuera una cosa, todo el dilema ético de la cuestión se reduciría a que alguien -en general los dadores de los gametos- pague el justo precio y tenga -además- un título justo de apropiación. El resto serían escrúpulos (...) Ahora bien, para cualquiera que considere al embrión como persona humana, le resulta evidente la definitiva ilegitimidad e injusticia intrínseca, de toda técnica de fecundación artificial”(33).

Por ello afirmamos al comentar el fallo “S. A. F. y A. H. A. s/amparo”(34) que estos contratos son de objeto ilícito en los términos del art. 953 del cód. civil, y que deben ser declarados tales de oficio por los jueces(35).

Además de *digno*, cada ser humano es *único e irreplicable* y, por tanto, tiene una misión única e irreplicable que cumplir en la sociedad. La irrepetibilidad del ser humano y su natural politicidad nos permiten afirmar que quien mata a un ser humano -en el caso, mediante las técnicas de fecundación extracorpórea- priva a la sociedad de un miembro destinado a cumplir en ella una misión única e irreplicable, afectando de este modo el bien común. Atenta contra la sociedad porque todos los que la componen están llamados a realizar el bien común cotidianamente, así como a participar y disfrutar de él en común; y su concreción requiere la coordinación de todos los esfuerzos de los integrantes de la sociedad(36).

Por ello, también concluye el Dr. Loutayf Ranea: “La persona humana existe desde el momento de su concepción. Tal principio de derecho natural está reconocido expresamente por nuestra preceptiva constitucional (...) Debe reconocerse y darse al embrión el *trato digno* que le corresponde, y sería ilícito el desecho de los embriones porque implicaría matar vidas humanas, lo que no puede encontrar amparo en la Jurisdicción, ni ésta obligar a nadie a cooperar en ello” (consid. 4º, el resaltado es nuestro).

6

Conclusión

La sentencia que celebramos, y esperamos sienta precedente -no sólo en el fuero federal salteño-, denota que estos magistrados, al resolver los casos que se les presentan, piensan el derecho, y lo piensan primordialmente como una relación social que están llamados a resguardar en sus “contenidos esenciales”, “sobre la base de un generoso reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de todas las personas”(37) que está en el origen del ordenamiento jurídico nacional.

voces: **derecho - bioética - amparo - médico - constitución nacional - obras sociales - familia - persona - derechos humanos - derechos del consumidor - tratados y convenios**

(1) Bioética: Ovocitos prenucleados: carácter de persona; tutela jurídica; fecundación in vitro; procedimiento; denegación; acción de amparo; improcedencia. 1 - Debe otorgarse a los ovocitos prenucleados la consideración de personas en los términos de nuestra legislación, ello en razón del principio pro homine, según el cual, ante la duda acerca de la existencia de la vida humana, cabe estar a favor de ella. 2 - Aun cuando la vida extracorpórea aparezca hoy como fácilmente fabricable, la bioética responde que no todo lo racionalmente posible es “razonable” para la vida del ser humano, de modo que la sociedad toda y el principio de justicia que obliga a dar a cada uno lo suyo, exigen que se dé una explicación normativa para atender los planteos referidos a esta cuestión. No se trata con ello de desconocer el derecho de los padres a procrear y al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, ni de los médicos a desempeñar su profesión y a trabajar, ni de las sociedades o asociaciones a comerciar y perseguir sus propios objetivos, ni de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica, derechos que, explícita o implícitamente cuentan con claro sustento en los arts. 14, 19, 33 y concordantes de la ley fundamental, sino que de que ninguno de estos derechos -también relativos- pueda ejercerse a costa del derecho a la vida y a la integridad de aquel nuevo ser; solución que es sin duda aplicable al embrión no implantado, habida cuenta de su condición de persona y, por ende, de sujeto de derechos. 3 - Si bien es improcedente admitir una visión estática del Programa Médico Obligatorio -PMO-, pues ello resultaría contradictorio con la naturaleza expansiva de

las ciencias médicas y con la benéfica influencia de ésta sobre la salud de los seres humanos, por lo cual, la morosidad en dicha actualización no resulta óbice, en principio, para que, ante la comprobada bondad de un tratamiento, aquél sea aplicable por intermedio de los jueces ante determinadas situaciones debidamente comprobadas, no es menos cierto que este criterio no resulta aplicable para hacer lugar a la acción de amparo sub examine -por la cual los actores pretenden que la obra social accionada les otorgue amplia cobertura de un tratamiento de fertilización asistida-, pues no se han proporcionado elementos que demuestren que el o los procedimientos a seguir en tal propósito importen el cabal reconocimiento y protección de la vida, integridad física y salud de los embriones y/o ovocitos pronucleados que intervendrán en aquél o aquéllos, por las que es ineludible velar atento a su condición de personas. 4 - No cabe hacer lugar a la acción de amparo incoada por un matrimonio a fin de que la obra social accionada les otorgue amplia cobertura de los tratamientos de fecundación asistida necesarios para lograr el embarazo de la esposa, pues los amparistas no han detallado la técnica a emplear dentro de las variadas alternativas que la fecundación in vitro presenta, por lo cual no se conoce si ésta será respetuosa no sólo del derecho a la vida e integridad de la receptora, sino del o de los embriones que se requieran. En efecto, si bien la exigibilidad de la cobertura requerida halla fundamento en el derecho a la salud, ya que la infertilidad debe ser considerada como enfermedad, sin que puedan realizarse distinguos acerca de los niveles de complejidad ni respecto de los medios y posibilidades para superarla, no es menos cierto que todo procedimiento de reproducción asistida, sea que se realice por medio de embriones o por conducto de ovocitos pronucleados, debe darle a éstos el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional reserva a las personas. 5 - La acción de amparo incoada por un matrimonio a fin de que se obligue a su obra social a dar amplia cobertura de los tratamientos de fecundación asistida que los facultativos especializados consideren adecuados para lograr el embarazo de la esposa no resulta procedente, pues no se advierte la existencia de una ilegalidad o de una arbitrariedad manifiesta, ya que no existe ninguna norma de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos de carácter experimental, calificación, ésta, que puede ser dada a las técnicas de reproducción asistida, en tanto que aún no es posible delimitar acabadamente las posibles consecuencias que las mismas acarrearán. 6 - A partir de la concepción, sea dentro o fuera del seno materno, el ser humano es, en cuanto persona, titular de derechos, entre ellos y ante todo, los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (del voto del doctor Loutayf Ranea). 7 - Cuando se recurre a la Jurisdicción para solicitar un pronunciamiento que ordene a una obra social la cobertura de un proceso de fertilización asistida, no puede el interesado limitarse a formular tal pedido en forma genérica, sino que debe precisar el procedimiento de fertilización cuya aplicación pretende, y todo tipo de dato que resulte necesario para poder advertir la índole del tratamiento, sus efectos, así como también los posibles costos (del voto del doctor Loutayf Ranea). 8 - Puesto que la actora no ha aportado a la causa detalles sobre el procedimiento de fertilización asistida que se pretende utilizar, no pueda acogerse la acción de amparo por ella deducida a fin de que la accionada le otorgue amplia cobertura al mismo, pues no puede ordenarse a una obra social en forma genérica que cubra un tratamiento de fertilización in vitro cuyas características o consecuencias no se han explicitado (del voto del doctor Loutayf Ranea). R.C. 56.966 - CFed. Salta, septiembre 3-2010. - R., N. F. - O. N. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo. (Ver fallo in extenso en ED, del 15-8-11 y en [www.eldercho.com.ar](http://www.eldercho.com.ar)).

(2) Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Madrid, Espasa Calpe, 1983, pág. 83, cit. por Rabbi Baldi en el consid. V. 3.c.3.

(3) Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son todas aquellas por las cuales se "fabrica" una persona fuera del cuerpo de una mujer, sustituyendo así el acto sexual de los progenitores. En algunos casos, esas personas concebidas extracorpóreamente son transferidas al vientre de una o varias mujeres para ser gestadas.

(4) "La actora no refiere ni, menos aún, detalla la técnica a emplear (...) Esa falta de fundamentación autónoma de un aspecto nuclear de la demanda sella la suerte adversa del recurso, sin perjuicio de enfatizar que la sola existencia de tales datos no garantiza, per se, la autorización de la medida si ésta, como se anticipó, no se exhibe cabalmente respetuosa de todos los derechos en juego", conf. consid. V. 3.c.1. del voto del Dr. Rabbi Baldi. "Cuando se recurre a la Jurisdicción para solicitar un pronunciamiento que ordene a una obra social la cobertura de un proceso de fertilización asistida, no puede el interesado limitarse a formular tal pedido en forma genérica, sino que debe precisar el procedimiento de fertilización cuya aplicación pretende (...) Ello impide que pueda acogerse la demanda deducida, porque (...) no puede ordenarse en forma genérica a la obra social demandada a cubrir un tratamiento de fertilización in vitro cuyas características ni consecuencias no se han explicitado", conf. consid. 6° del voto del Dr. Loutayf Ranea.

(5) "El presente caso se caracteriza por la falta de aporte de material de conocimiento sobre un tema tan delicado como el planteado en autos; no sólo en lo vinculado con las distintas facetas que presenta la cuestión de la fertilización in vitro, sino también sobre la afirmación de la actora de que el embarazo es uno de los métodos más eficaces recomendado por los especialistas para controlar, y en algunos casos erradicar, la enfermedad que padece (fs. 16 vta.), sobre lo que no existe en la causa ninguna prueba", conf. consid. 2° del voto del Dr. Loutayf Ranea; "existe orfandad probatoria (...) Ello impide que pueda acogerse la demanda deducida", conf. consid. 6° del mismo voto. "La prueba incorporada a la causa no satisface las exigencias del ordenamiento jurídico nacional en punto a los derechos en juego" conf. consid. V. 3.c.4. del voto del Dr. Rabbi Baldi.

(6) En efecto, la resolución 817/03 de la obra social, cuya constitucionalidad los actores no cuestionaron, expresamente veda de cobertura a las técnicas de fecundación artificial. Por otra parte, el art. 4° de la ley 23.890 exceptúa a las obras sociales del Poder Judicial de las disposiciones de la ley de obras sociales y, por ende, les es inaplicable -en principio- el Plan Médico Obligatorio.

(7) Las técnicas están sujetas "a numerosos cuestionamientos (...) basados en razones de carácter científico; moral; filosófico y jurídico" y dado el desarrollo de la ciencia, "aún no permite delimitar acabadamente las consecuencias posibles que estos tratamientos acarrearán. Y es desde esa perspectiva que bien podría calificarse a estos últimos como experimentales", calificación que -al decir de la CS in re "Buñes, Valeria Elisabet c. Obra Social Unión Personal y otro", 17-5-10- no encuentra norma constitucional o infraconstitucional que imponga su cobertura (conf. consid. V. 2.B. del voto del Dr. Rabbi Baldi).

(8) Conf. Fallos 312:2382; 318:1894, citados en la sentencia aquí analizada.

(9) El conflicto se da en el plano de las pretensiones de los sujetos que acuden a la tutela jurisdiccional, pero no entre derechos.

(10) Conf. consid. V. 3.b.3. del voto del Dr. Rabbi Baldi. Para profundizar los límites de los derechos fundamentales en el derecho alemán, ver el capítulo IV de Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007. Prólogo a cargo de Pedro Serna.

(11) Consid. V. 3.c.5. del voto del Dr. Rabbi Baldi.

(12) Consid. VI del voto del Dr. Rabbi Baldi.

(13) Cianciardo, Juan, El ejercicio regular..., cit., págs. 23, 25 y 26.

(14) El derecho es la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto -o acción- es ordenado a una persona o sociedad y por la que se torna suya propia.

(15) Quintana, Eduardo M., El derecho a la vida, en ED, 241-805.

(16) Serna, Pedro - Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Buenos Aires, La Ley, 2000, pág. 39. Cit. en consid. V. 3.b3 del voto del Dr. Rabbi Baldi.

(17) No existe un "derecho al hijo" ya que éste no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad. Tampoco existe el "derecho a procrear" sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que tienen por fin la procreación.

(18) Datos obtenidos de Infoleg ([www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)). Con la palabra "reproductiva" se hallaron 103 normas de distinto rango (leyes, resoluciones ministeriales, etc.) al 9-9-11 (0 hs). Depurando las normas de las referencias a la reproducción animal y otras referencias irrelevantes para esta investigación, serían treinta y seis las normas infraconstitucionales argentinas que emplean la terminología "salud reproductiva".

(19) Conf. Sanahuja, Juan C., El desarrollo sustentable: la nueva ética internacional, Buenos Aires, Vórtice, 2003, pág. 57 y sigs.

(20) Este nuevo paradigma se plasmó en la Conferencia de la Organización Mundial de la Salud de Alma-Ata, que se llevó a cabo del 6 al 12 de septiembre de 1978, donde se decidió "que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva". Conf. Sanahuja, Juan C., El desarrollo sustentable..., cit., pág. 45 y sigs.

(21) Por si cabe alguna duda, citamos a Joseph Fletcher, uno de los "padres" de la fecundación extracorpórea, que en 1974 publicó el libro Ética del control genético, en el que escribe: "Tenemos la obligación moral de controlar la calidad y la cantidad de los bebés que traemos al mundo" (el resaltado es nuestro). Cit. por Sanahuja, Juan C., El desarrollo sustentable..., cit., pág. 48.

(22) Conf. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Declaración Universal de los Derechos Humanos: derecho a un nivel de vida adecuado que le

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica: la "salud" y "salud pública" (no se habla de derecho a la salud) aparece como límite a: libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión; derecho de reunión; libertad de asociación; derecho de circulación y de residencia. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños. b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo: concibe la salud pública como límite a ciertos derechos: asociarse libremente; libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias; derecho de reunión pacífica; circular libremente en un Estado y residir en él. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: no contiene el término "salud". Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: los Estados partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona en el goce del derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia; el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. Protocolo Facultativo a la Convención Cedaw: reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas. No menciona el término "salud". Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: no menciona el término "salud". Convención sobre los Derechos del Niño: reconoce la salud pública como límite al derecho de salir de cualquier país; a la libertad de expresión; a la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias; a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Art. 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez. b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud. c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente. d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres. e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos. f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. Art. 25: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación. Art. 32: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Art. 39: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: contiene una vez la expresión "estado de salud". Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad: no utiliza el término "salud".

(23) Conf. Derechos humanos e ideología radical de género. Habla el abogado Jorge Scala, en Boletín electrónico Zenit, ZS05090701, 7-9-05, [www.zenit.org](http://www.zenit.org).

(24) Ídem.

(25) Conf. Alda, Asegurando el futuro, pro manuscrito. Cit. por Scala, Jorge, Lobbyistas de los derechos humanos en clave de género, en Revista Arbil, nº 81, en <http://adopcionesespirituales.blogspot.com/2008/06/lobbyistas-de-los-derechos-humanos-en.html>.

(26) Ídem

(27) La mención de este imaginado derecho implica el desconocimiento total de la naturaleza humana, y de qué son los derechos. En efecto: en la generación de un ser humano intervienen un componente masculino, otro femenino y, el más importante, un alea -que incluye elementos biológicos en parte conocidos, pero en parte misteriosos-. Como consecuencia de este último elemento, nadie puede asegurar que va a tener los hijos que quiera, ni que los tendrá cuando los desee. En cuanto al derecho, una de sus características esenciales es la coactividad, es decir, la facultad de exigir a todos o algunos terceros determinada conducta o, al menos, la reparación pecuniaria de los daños provocados por el incumplimiento. Ahora bien, si alguien tuviera el imaginado "derecho" a elegir el número y espaciamiento de los hijos, debería tener poder de coacción para obligar a algún tercero a tener relaciones sexuales con el supuesto titular de ese "derecho". Y esto es improponible; ergo, el número y espaciamiento de los hijos puede ser: a) un deseo -legítimo- o b) un capricho -ilegítimo-, pero jamás un derecho.

(28) Cianciardo, Juan, El ejercicio regular..., cit., pág. 23.

(29) Santo Tomás de Aquino, Dignitas significat bonitatem alicuius propter seipsum, utilitas vero propter aliud. Comentarios a los libros de sentencias de Pedro Lombardo, III, d. 35, q. 1 a 4 sol 1, cit. por Rodríguez, Victorino, Estudios de antropología teológica, Madrid, s/f., Speiro S.A., pág. 31.

(30) Conf. Lewis, Clives S., La abolición del hombre, Madrid, Encuentro, 1990,

(31) Kant, Immanuel, Fundamentación..., cit., pág. 83.

(32) Spar, Debora L., Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad, Barcelona, Tendencias Editores, 2006.

(33) Conf. Scala, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad de la vida humana y su dignidad, en [http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge\\_Scala.htm](http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge_Scala.htm).

(34) Hernández, Héctor H. - Marrama, Silvia - Morelli, Mariano G., Boletín de bioderecho VII: Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales), en ED, 235-1138. CCont.-adm. San Nicolás, in re "S. A. F. y A. H. A. s/amparo" (Expte. 573-2008), 15-12-08, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/InfojubaContencioson12-II.htm>.

(35) Para que el juez pueda proceder de oficio ante actos de objeto ilícito es menester que se conjuguen dos circunstancias: que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá ineludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto. Tal es el caso de marras, ya que las técnicas afectan el orden público, afectación que es patente.

(36) Por eso, tanto el Talmud como el Corán enseñan que quien mata a un ser humano es como si matase a toda la humanidad, y quien salva una vida es como si hubiese salvado el mundo entero (conf. Sanhedrin, Talmud Ierushalmi, cap. 4, 22a y 37a; y Sura, Qur'an, 5, 32, respectivamente). Cit. por Toller, Fernando M., Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (Diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada), en ED, 218-1021.

(37) Consid. V. 3.b.2. del voto del Dr. Rabbi Baldi.

