

Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino¹ por Silvia Estela MARRAMA²

(Ref. 73118) Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino(*)**(1)(2)** [Nota a Fallo]

Autor/es: Por Marrama, Silvia.

ED, [255] - (27/11/2013, nro 13.372) [Publicado en 2013]

Jurisprudencia relacionada CFed. Salta, 06/07/2013. - L. O., A. M. - L., C. c. Swiss Medical s/amparo

1. Introducción

Proponemos al lector algunas consideraciones para motivarlo al estudio del enjundioso fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que con magistral pedagogía y rigor lógico, desglosa la doctrina sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino.

Este desarrollo fue realizado por el Camarista Dr. Rabbi Baldi Cabanillas en el marco de un amparo promovido por un matrimonio que había solicitado se ordene a las demandadas (Swiss Medical y OSCEP) que proporcionen la cobertura integral y total de los gastos que insuma el primer intento de la técnica de fecundación artificial denominada ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) y en caso de resultar positiva, la cobertura integral del niño o niña por nacer, desde el embarazo, incluyendo el parto y el servicio neonatal. Asimismo peticionaron, para el caso de que no se produjese el embarazo, el reconocimiento de los intentos que resulten necesarios para lograrlo.

Si bien la Cámara había tomado posición respecto del tema de la fecundación artificial extracorpórea en la causa “R., N. F. – O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”³, sellando la suerte adversa de la pretensión principalmente en resguardo de los derechos de los embriones; la reciente sanción de la ley N° 26.862 y el hecho de que la recurrente hiciera mérito del reciente dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro) c/Costa Rica”, dieron pie a esta Alzada para exponer la doctrina sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino.

¹ “LODI ORTIZ ANDREA MELISA – LARRAN CRISTIAN c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007/13 (Cámara Federal de Apelaciones de Salta).

² Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA), sede Buenos Aires. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional del Litoral. Profesora Superior en Ciencias Jurídicas por la PUCA, sede Paraná.

Profesora adjunta en la cátedra de “Derecho de Familia” de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF), sede Santa Fe. Profesora por concurso, asociada a cargo de la cátedra, de “Derecho Público y Privado” en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER).

Directora de investigación del proyecto: “La fecundación artificial en el Proyecto de unificación del Código Civil Argentino y en la Ley N° 26.862”, convocatoria UCSF 2013.

Investigadora el proyecto: “Derechos humanos y obligatoriedad del Derecho. ¿Tiene alguna relevancia para la obligatoriedad del Derecho que reconozca, formalice o recoja los derechos humanos?”. Director Dr. Juan Cianciardo.

Investigadora en el proyecto: “Mapa Legislativo”. Elaboración del mapa referido a la Provincia de Entre Ríos. Director Dr. Nicolás Lafferrière. Disponible en www.mapalegislativo.org.ar.

Jurado de tesis doctorales en la Universidad Católica de Santa Fé y en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Jurado de tesis de grado de la Facultad de Ciencias de la Gestión de la Universidad Autónoma de Entre Ríos.

Ha publicado en 2012 el libro “Fecundación in vitro y derecho” en la Colección “Doctrina” de Editorial Dictum, y diversos artículos relacionados con temas de bioderecho, derecho de familia y menores en revistas especializadas.

Conferencista y ponente en Congresos y Jornadas llevados a cabo en distintas provincias argentinas sobre promoción de la familia y la niñez.

Miembro del Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil “San Roque” de la ciudad de Paraná.

Ex Defensora de Pobres y Menores por Concurso del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos.

Ex Profesora Universitaria de diversas cátedras en varias carreras, en la PUCA (sede Buenos Aires y sede Paraná) y en la Universidad Católica de Cuyo (sede San Luis y Quines).

³ “R., N. F. – O.N. C/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN S/ AMPARO”, EXPTE. N° 222/09, de fecha 03/09/10.

El esquema de la doctrina del fallo es el siguiente: 1. Carácter orientativo, no vinculante, de las sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en el derecho interno. 2. Análisis comparativo de la sentencia “Artavia Murillo” de la CIDH respecto de la sentencia “R., N. F.” de la Cámara, respecto de la personalidad del embrión humano. 3. Análisis comparativo de la técnica ICSI y de la ley 26.862 respecto de la sentencia “R., N. F.” de la Cámara.

2. “Artavia Murillo” y el control de convencionalidad en el derecho argentino

El punto de partida de “Artavia Murillo” es el desconocimiento de la personalidad del embrión en los estadios previos a su implantación, posición contraria a la que adoptó la Cámara en el precedente “R., N. F.”⁴. Dado que este precedente es de fecha anterior al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), la Cámara analiza exhaustivamente el carácter vinculante o no de las sentencias del mencionado tribunal, concluyendo que sólo cuando se trata de una decisión recaída en un proceso en el que nuestra República ha sido parte⁵, resulta obligatorio su cumplimiento, tal y como se desprende a *contrario sensu* de lo establecido por el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Se funda asimismo la Cámara en el dictamen del Procurador General in re “Acosta” (Fallos 335:533, del 08/05/2012, www.pjn.gov.ar), que establece con claridad que “la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado”.

El Procurador General puso allí de resalto, en contra de la interpretación que se había inferido a propósito de lo resuelto por la CIDH en el caso “Almonacid”⁶, que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte Interamericana tienen valor general más allá de los términos estrictos del art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana en virtud de la doctrina judicial del ‘control de convencionalidad’, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. Esta razón no podría pretender ser hallada en el argumento de que la Corte Interamericana es el último intérprete de la Convención. Este argumento sólo dice que la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, (...) [la Corte Suprema de la Nación] es el último intérprete del derecho constitucional, y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de

⁴ Cfr. también CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES, SALA IV, in re L.A.C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo, 04/2011 y nota a fallo: MARRAMA, Silvia, Dos campanas que retienen: alterum non laedere. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?, en ED [243] - (14/06/2011, nro 12.770).

⁵ Este criterio es similar al reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, —2 BvR 1481/04—, sentencia del 14 de octubre de 2004).

⁶ En la causa “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), la CIDH expresó que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf.124).

constitucionalidad (art. 116 Constitución Nacional)”. De igual modo, el dictamen apuntó que no es posible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula ‘en las condiciones de su vigencia’ (cfr. art. 75, inc. 22 CN), haya modificado los arts. 108 y 116 CN, pues la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención Nacional Constituyente competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación. Cita al respecto las interpretaciones de los convencionales Rodolfo Barra y Horacio Rossatti respecto de la cláusula incorporada al art. 75 inc. 22 CN.

Por su parte, la Corte Suprema ha declarado en la causa “Felicetti” (Fallos: 323:4131, cons. 6) que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional”. En el mismo sentido, in re “Mazzeo”, considera la jurisprudencia de la CIDH como “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 20); al decir de la Cámara, “una “guía” respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto”.

Ello es así porque en nuestra propia tradición constitucional, ni siquiera las decisiones de la Corte Suprema poseen carácter vinculante (sus resoluciones solo ostentan “fuerza moral”; cfr. Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros), *a fortiori* no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto.

Por último y yendo aún más lejos, cita nuevamente la Cámara el dictamen de la Procuración en la causa “Acosta” donde se sugiere que tampoco las decisiones de la CIDH adoptadas en los términos del art. 68.1 resultan obligatorias para el Estado que fuere parte del proceso si “imponen una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno”, postura reflejada en el voto del juez Fayt en la causa “Derecho” cuando sostiene que “en el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local” (cons. 13).

Por lo dicho, concluye la Cámara que la sentencia dictada por la CIDH en la citada causa “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro) c/Costa Rica” carece de fuerza vinculante respecto del caso bajo análisis sino que ostenta meramente un carácter orientativo.

Careciendo el fallo de la CIDH de fuerza vinculante y basada la Cámara en evidencia científica sobre la existencia de vida humana desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en un análisis hermenéutico del art. 2 de la Convención y en el principio *in dubio pro homine*, entiende que la afirmación de que “el embrión no puede ser entendido como persona” (“Artavia Murillo” parág. 256) representa una involución en el alcance que el derecho a la vida ha logrado en el ámbito de los derechos humanos, lo cual habilita la aplicación del “margen de discrecionalidad” respecto del efecto de las sentencias internacionales en el derecho interno, máxime si aquellas suponen violentar principios de derecho público constitucional. “Esta conclusión, que en términos formales equivale a admitir, para decirlo en los conocidos términos de Hans Kelsen, la adopción por parte de nuestros constituyentes de un esquema monista con prevalencia del derecho interno (confr. Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, del alemán Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1993, págs. 330/345) entraña, en términos sustanciales, que ningún tratado internacional y, a fortiori, ninguna interpretación de éstos por sus órganos permanentes puede prevalecer sobre los principios de derecho público constitucional consagrados por el art. 27 de la Constitución Federal en 1853 y vigentes desde entonces”.

Atento el carácter orientativo de las sentencias de la CIDH en los casos en que nuestra República no fue parte, y resultando la doctrina del precedente “R., N. F.” más tuitiva de los derechos

humanos del embrión que la doctrina del caso “Artavia Murillo” -en tanto reconoce la Cámara la personalidad del embrión desde la fecundación y no desde su implantación-, la Cámara “se distancia” de la doctrina de la sentencia interamericana, si bien el resuelto del caso bajo análisis no es satisfactorio, según explicamos en el siguiente acápite.

3. Control de constitucionalidad de la ley 26.862

Discrepamos con el fallo de la Cámara en tanto resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, ordenando el sufragio del procedimiento requerido por los amparistas bajo el cumplimiento de ciertos recaudos⁷, que resultan insuficientes para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los embriones cuya personalidad y derechos se afirmaron en el punto VII. 2. B.2. de los considerandos y en el precedente “R., N. F.”.

En efecto, lo más dramático en la fecundación artificial son las muertes inevitables de embriones humanos que conlleva⁸, muertes que no pueden asimilarse a la pérdida de embarazos naturales, pues en estos casos no hay intervención tecnológica que pueda hacerlas reprochables al hombre⁹. Se pueden citar algunos ejemplos: el porcentaje de embarazos ectópicos aumenta en un 100% cuando se utiliza la técnica ICSI¹⁰ respecto de los embarazos normales¹¹. Por otra parte, la tasa de abortos “espontáneos”¹² es mayor en el caso de embarazos provenientes de estas técnicas respecto de

⁷ “recaudos: 1) Deberá ser requerido 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; 2) todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada serán implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método semejante de congelamiento; 3) además de los recaudos que aquí se indican serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., Límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos) y 4) la demandada deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándosele el ejercicio de ese contralor a través de un profesional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas”.

⁸ Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Editorial Dictum, colección Doctrina, cap. III; ¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?, en EDCrim, [245] - (06/12/2011, nro 12.891); Fecundación in vitro y derecho, en ED 252 (08/05/2013) N° 13.233; Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar, en ED [244] - (21/10/2011, nro 12.860); ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, en EDCrim, [245] - (06/12/2011, nro 12.891); Jurisprudencia y fecundación in vitro, Coautoría con los Dres Héctor HERNÁNDEZ y Mariano MORELLI, en ED, 18/11/09.

⁹ MORELLI Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro (Reflexiones iusfilosóficas), en “Boletín de Bioderecho VII”, en “El Derecho”, 18/11/09, pág. 13.

¹⁰ “Embarazo tubario: Es la implantación del embrión en la trompa. Este diagnóstico se puede hacer alrededor de 21 días después de la transferencia embrionaria, cuando por ecografía se puede ver el saco gestacional. Esta complicación ocurre en la población general en alrededor del 1 - 2% de los casos y en los ciclos de ICSI esta incidencia **aumenta a 4%**... Si el diagnóstico es de certeza, **éste debe ser resuelto de inmediato**, ya sea a través de cirugía por laparoscopia o en ciertos casos mediante la administración de un quimioterápico (Metotrexato). Éste, inhibe la multiplicación celular del embrión, con lo que disminuye el riesgo de ruptura tubaria” (los resaltados son nuestros). BORRERO, Claudia, Editorial de noviembre de 2009, en “Red Latinoamericana de Reproducción Asistida”, <http://www.redlara.com/>

¹¹ La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que nuclea a los Centros de fecundación artificial de América Hispana, recomienda la “resolución inmediata” de estos embarazos, lo que significa la muerte provocada del embrión.

¹² El artículo de donde extrajimos estas estadísticas considera que el término aborto espontáneo, se refiere a un embarazo que termina espontáneamente antes de la viabilidad. La OMS, lo define como la expulsión de un embrión o feto cuyo peso es menor a 500 g. Generalmente, este peso corresponde a las 20 - 22 semanas de gestación. Es la complicación más frecuente del embarazo inicial. Cfr. ESTEBENI BALTRA, E.; DE MAYO, Tomás G.; ROJAS, María de los Á.; ARRAZTOA, José A., Tiempo recomendado para una nueva concepción post aborto espontáneo, en “Revista chilena de obstetricia y ginecología”, Vol.73, N° 2, (Santiago, 2008). Formato digital.

“Roberto L. ANDORNO, para negar el carácter de “espontáneos” a estos abortos, señala que “hay una voluntad humana detrás de ellos, que aunque en forma indirecta, los ha provocado. Los abortos naturales son sufridos por el hombre como un hecho de la naturaleza, no pudiendo hacer nada frente a ellos. Los abortos de la FIVET, en cambio, si

embarazos naturales¹³. El éxito de las técnicas de fecundación artificial ronda el 13,9% (según el estudio más completo realizado, publicado en revista Médica “The Lancet”, 23/09/96), transfiriendo 3 embriones, lo que nos da un éxito del 4,5% por cada embrión, o una mortalidad de 95,5%¹⁴. Estudios anteriores arrojan similares resultados¹⁵. La SOCIEDAD EUROPEA DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y EMBRIOLOGÍA (ESHRE) reporta en 1999 que en Europa se realizaron el 60% de todos los tratamientos de reproducción asistida del mundo y que obtuvo una tasa de éxito de 27,7% de embarazos por ciclo, y que para conseguir un embarazo hubo que transferir una media de 7,8 embriones, existiendo una pérdida de embriones del 89%¹⁶. Datos del 2009 proyectan resultados análogos¹⁷. En España, el tercer país europeo -después de Ucrania y Hungría- donde más embriones se transfieren en cada tratamiento, hicieron falta, por término medio, 10,2 embriones para obtener un embarazo (o sea, 9,8 embarazos por 100 embriones transferidos)¹⁸.

Dado que la ley 26.862 obliga a las obras sociales y empresas de medicina prepaga a su cobertura, la Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013), propició -en su conclusión N° 4-, “la reforma de la ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos”, luego de haber analizado diversas Ponencias que descubren las graves deficiencias del texto legal¹⁹.

Por último, surge del considerando IV de la sentencia de Cámara que la negativa de las demandadas se funda en lo pactado en el contrato de afiliación (en el caso de la empresa de

bien no directamente, pero son queridos en cuanto absolutamente previsibles, y frente a ellos el hombre es libre: puede usar o rechazar el procedimiento”...”. ANDORNO, Roberto, El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro), en “El Derecho”, 131-909. Cit. por RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La fecundación artificial en el Congreso, en “El Derecho”, 174-929.

¹³ En estos últimos casos “aproximadamente el 20% de los embarazos presentará algún sangrado antes de las 20 semanas, y alrededor de la mitad de éstos terminará como un aborto espontáneo. Se estima que 8 a 20% de los embarazos clínicamente reconocidos bajo las 20 semanas de gestación terminarán en un aborto espontáneo; 80% de éstos ocurrirá antes de las 12 semanas”... “Mientras que “la tasa de aborto, en pacientes con criopreservación, es un 16%, en ICSI, un 17% y en FIV, un 14%” (los resaltados son nuestros). Cfr. POMMER T., Ricardo; ARGUELLO B., Begoña; DÍAZ-FONTEVILLA, Marina; MARTÍNEZ, Claudia; FUENTES G., Ariel; FURMAN, Irene; PALOMINO, Alberto; SOTO R., Emiliano; SOVINO, Hugo; DEVOTO C., Luigi, Criopreservación de pronúcleos: rol en el programa de fertilización asistida, en “Revista chilena de obstetricia y ginecología”, Vol. 68, N° 4 (Santiago de Chile, 2003).

¹⁴ MORELLI Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro... ibidem, pág. 13.

¹⁵ En el IV Congreso Mundial sobre Fecundación *in vitro*, celebrado en Melbourne, Australia, en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre el año 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30.000 tentativas de fecundación *in vitro* con transferencia del concebido -previamente se ha realizado descarte de “embriones inviables”; de ellas nacieron 2.300 niños. La “tasa de éxito global” se sitúa entre el 5% y el 10% **respecto a las tentativas** (Cit. por NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro. Prolog. por Jorge SCALA, (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad N° 5. Edit. Promesa, págs. 46-47). Otras cifras importantes se dieron en el Congreso de Helsinki a finales de 1985 y que fueron obtenidos a través de una encuesta entre centros especializados. “De los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7.985, de los cuales se perdieron 6.624 y resultaron operativos 1.369 embarazos. Sobre este número se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos”. SANTOS RUIZ, Ángel, Instrumentación genética, (España, 1987). Edit. Palabra S.A., pág. 74.

¹⁶ Cfr. III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999. Cit. por NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale nel Magistero di Giovanni Paolo II (la deshumanización de la fecundación artificial en el Magistero de Juan Pablo II), en “Boletín electrónico Zenit”, 10/04/2005, Códice: ZI05041020, <http://www.zenit.org/article-4413?l=italian/>. Traducción propia.

¹⁷ “En la fecundación *in vitro*, después de seis ciclos de tratamiento el índice de nacimientos osciló entre el 51 % y el 72 %, pero entre las mujeres de más de 40 años, estos índices oscilaron entre 23 % y 42 % (New England Journal of Medicine 360; 236-243, 2009). Es decir, aún tras cinco intentos, algo realmente costoso y peligroso para la mujer, el índice de nacimientos no superó el 72 %, siendo en algunos casos menor del 52 %; pero en las mujeres mayores de 40 años, circunstancia muy frecuente hoy día, en algunos casos, después de seis intentos, el índice fue tan bajo como el 23%”. Informe, en “Provida Press” N° 321, del 31/09/09. Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida. Pág. 14.

¹⁸ III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999. Cit. por NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale... ibidem. Traducción propia.

¹⁹ Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Inconstitucionalidad de la ley de “Reproducción médicamente asistida” (n°26862) y de su decreto reglamentario (n° 956/2013) que autorizan y regulan las técnicas de alta complejidad con consecuencias letales y lesivas para los seres humanos así “producidos”.

medicina prepaga) y en las prescripciones de las leyes 23.661, 24.754 y del PMO, las cuales no ordenan la cobertura obligatoria de la técnica solicitada.

Atento que al tiempo de haberse interpuesto la acción de amparo, aún no se encontraba en vigencia la ley 26.862, ésta constituye, respecto del caso, un hecho nuevo respecto del cual debió -a nuestro juicio- darse traslado a las demandadas (cfr. art. 365 CPCCN, de aplicación supletoria cfr. art. 17 ley 16.986), las cuales podrían haberse allanado a las pretensiones de los amparistas (invoca la prepaga en la contestación de agravios que, respecto “a los agravios vertidos por los amparistas, necesariamente debe dictarse una ley respecto del objeto de esta acción”), en cuyo caso habría devenido abstracto el planteo de los actores, o bien podrían haber alegado la inconstitucionalidad de la ley, entre otras alternativas.

Lamentamos que la Cámara no haya realizado, en el caso, un control de constitucionalidad de la ley recientemente sancionada y reglamentada²⁰, ya que si bien menciona que le corresponde “verificar que su puesta en práctica resguarde debidamente los derechos constitucionales en juego”, se limita a fijar pautas de admisión de la pretensión -que resultan insuficientes, como antes hemos mostrado-.

4. Conclusión

Consideramos, por lo expuesto, muy valiosa la sentencia bajo análisis en tanto clarifica el carácter orientativo de la jurisprudencia general de la CIDH, si bien discrepamos con su resolutorio y lamentamos la omisión del análisis de la constitucionalidad de la ley 26.863.

²⁰ Cfr. Ponencias presentadas en la Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013): QUINTANA, Eduardo M., Inconstitucionalidad de la ley de “Reproducción médicamente asistida” (n°26862)..., ibídem. MARRAMA, Silvia, Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la Ley Nacional N° 26.862.