

# DECISIÓN RAZONABLEMENTE FUNDADA EN UNA EXÉGESIS GRAMATICAL Y SISTEMÁTICA DE LA NORMA

**Marrama, Silvia**

**Publicado en:** DFyP 2017 (mayo) , 76

**Sumario:** I. Introducción.— II. El caso.— III. Interpretación de la norma.— IV. Conclusión: una decisión razonablemente fundada.

**Cita Online:** AR/DOC/997/2017

*La gradualidad en el acceso a las técnicas se funda, desde un punto de vista médico, en la existencia de alternativas con similar grado de eficacia que las denominadas "técnicas de alta complejidad", alternativas que consisten desde tratamientos para curar la patología que padece la persona hasta técnicas que, si bien no curan al/los pacientes y sustituyen el acto sexual de los progenitores, no producen pérdidas directas de embriones ("técnicas de baja complejidad" o "in vivo").*

(\*)

## I. Introducción

Encendidos debates doctrinarios giran en torno a la protección/desprotección y reconocimiento/vulneración de derechos de los embriones concebidos extracorpóreamente. Diversos proyectos de reforma (1) intentan ampliar o restringir los alcances de las normas vigentes en la materia (ley nacional 26.862 denominada de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario 956/13). Sin embargo, previo a las reformas proyectadas es prudente realizar estudio exhaustivo del alcance de las normas que se pretende modificar. La sentencia que tengo el gusto de comentar se enrola en este sentido, ya que resuelve el caso bajo análisis realizando una correcta interpretación del alcance de las normas aplicables. A la par, realiza un magistral desarrollo de los principios hermenéuticos, y por ello cabe afirmar que nos encontramos ante una nueva (2) sentencia pedagógica de la Excm. Cámara de Apelaciones de Salta.

## II. El caso

El juez de primera instancia resolvió el 22 de mayo de 2015 hacer lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. G. A. G. y L. C. A. y ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada el pago íntegro de los gastos correspondientes a técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad (técnica ICSI —Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides—) a realizarse en el Centro SARESA S.H. de esta Ciudad de Salta, incluyendo los gastos médicos y los medicamentos necesarios al efecto, como así también los costos que demanden los servicios de criopreservación de embriones y el tratamiento de transferencia de los mismos, con un máximo de cobertura de tres tratamientos anuales.

Apelada la sentencia por Swiss Medical S.A, fue revocada por la Cámara, en la inteligencia de que, conforme fuera acreditado ("surgiendo del relato de la actora que la pareja obtuvo de Swiss Medical la prestación de la FIV en cuatro oportunidades previas: julio/octubre/diciembre de 2013 y junio de 2014 a partir de la sentencia dictada en autos "Amparo-medida cautelar innovativa: G.A.G y L.C.A. c. Swiss Medical S.A." Expte. B-256988/2011 que tramitara ante la justicia ordinaria de la Provincia de Jujuy (Cámara en lo Civil y Comercial, Sala III))), "la demandada ha dado cumplimiento a la obligación de cobertura impuesta por la ley 26.862 y su Decreto reglamentario N° 956/2013", (cfr. Cons. VII).

Los agravios de la recurrente —Swiss Medical— versaron sobre el "alcance de la cobertura en cuanto al número de intentos de fertilización asistida de alta complejidad que cabe reconocer" (cons. V). La Cámara identificó el punto controvertido entre las partes, y se centró en él para resolver el recurso interpuesto: "las partes efectúan una interpretación disímil de la letra del art. 8 del decreto 956/13 por el cual se reglamenta la aplicación de la ley 26.862... Para la actora la norma ha de interpretarse sobre la base de suponer que si no se añadió la palabra "anuales" fue para no ser redundante por lo que es evidente que están contemplados tres tratamientos FIV por año. Para la demandada, por el contrario, la interpretación ha de hacerse entendiendo que si no se añadió la anualidad fue porque se quiso distinguir de los tratamientos de baja complejidad que sí refieren a ese claro marco temporal" (cons. VI.1). Antes de abordar la interpretación del art. 8 del decreto 956/13, la Cámara realiza una magistral síntesis respecto de la teoría hermenéutica, basada en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La sentencia de Cámara fue confirmada por la CSJN (3), desestimando por inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la actora.

### **III. Interpretación de la norma**

Enseña Salvat (4) que la interpretación judicial es la que hacen los jueces en sus sentencias al aplicar la ley, y que esa interpretación es obligatoria para las partes interesadas en el juicio, de acuerdo con el principio de autoridad de la cosa juzgada, y además tiene un cierto valor como fuente general del derecho. A diferencia de la interpretación que realiza el legislador, la del juez debe observar un conjunto de reglas y un cierto método, que constituye la teoría de la interpretación de las leyes.

El método tradicional de interpretación de la ley tiene los siguientes presupuestos: a) todo el derecho está contenido en el texto de la ley, por consiguiente la tarea esencial y única del intérprete es establecer su verdadero sentido y alcance; b) para la interpretación de la ley se toma como base la voluntad del legislador, la cual se busca en las palabras o en el espíritu de la ley; c) para suplir el silencio de la ley se recurre a la ley misma, buscando la solución ya sea en leyes análogas ya en los principios generales del derecho.

Sostiene Tobías (5) que toda norma legal requiere ser interpretada previo a su aplicación al caso, si bien la escuela tradicional —reflejada en el aforismo *in claris non interpretatio*— sostiene que la interpretación de las leyes solo debe hacerse cuando su texto es oscuro, sea porque es poco clara o la redacción no es precisa, sea porque se presenta en contradicción con otras leyes o porque no trasunta la finalidad del legislador. Refuta Tobías tal postura tradicional mostrando que la afirmación de que una norma es clara constituye en sí una operación hermenéutica, aunque sencilla.

El método de la evolución histórica (6), expuesto principalmente por Saleilles, reconoce la ley como fuente principal del derecho con una doble función: a) adaptarse ampliamente a las exigencias del momento de su sanción y b) adaptarse a las exigencias del porvenir, sirviendo de base para la satisfacción de nuevas necesidades jurídicas derivadas de los cambios sociales y económicos. Por ello los textos legales no deben ser tomados como expresión de la voluntad del legislador sino como revelación de las necesidades sociales y económicas que han dado lugar a su sanción. Para cumplir esa función, la interpretación debe recurrir a los elementos externos a la ley, a las costumbres, a las necesidades de la vida económica, a las concepciones morales y a las modificaciones de las relaciones sociales, elementos que habrán de dar a los textos una nueva vida y conducirán al juez a derivar de la ley nuevas consecuencias que no se habían pensado. Los textos siguen así la evolución y transformación de las necesidades sociales y económicas del país.

El proceso de interpretación de la norma (7) se encuentra sometido a criterios que disciplinan la actividad. La doctrina ha debatido respecto de si tales criterios hermenéuticos deben ser establecidos por el legislador a título imperativo o bien es función de la doctrina y jurisprudencia su elaboración. Más allá de la discusión doctrinal, lo cierto es que no es infrecuente que los Códigos contengan algunas normas de hermenéutica.

La Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (8) en sus Fundamentos (9) explica que "En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas", y que al introducir reglas respecto de las fuentes y la interpretación, "se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable... En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores.". Así, "a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación"(10), que es el art. 2 Ccyc.

Refiriéndose al Capítulo I del Título Preliminar del Código, que comprende el art. 2 Ccyc, sostiene Depetris (11) que "se ocupa de cuestiones complejas y ampliamente abarcadoras, como lo son la determinación de las fuentes del derecho y la aplicación e interpretación del mismo. Su abordaje es propio de la teoría general del derecho, de la filosofía del derecho y, contemporáneamente también, por razones que luego intentaré explicar, del derecho constitucional. Sin embargo, al formar parte estas cuestiones de lo que ha sido denominado el "contenido residual del derecho civil", esto es, de aquellos que no siéndole propios han quedado bajo su órbita como herencia luego de una evolución de más de dos milenios, los civilistas se han ocupado y se ocupan de las mismas; aunque naturalmente, de un modo menos riguroso y exhaustivo".

Por su parte Rabbi Baldi (12) afirma que el art. 2 del Código Civil y Comercial, "asume la interpretación como un lugar insoslayable para cualquier operador jurídico en la tarea de comprender el conjunto de elementos de que se integra la realidad jurídica. De ahí que, como se lee en los Fundamentos, "a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con las reglas de interpretación" (Fundamentos, III, 4, 2). El artículo recepta siete reglas, cuatro de las cuales ya se hallaban presentes en el anterior ordenamiento: a) las palabras de la ley; b) sus finalidades (que en el Código de Vélez se conoce como "el espíritu de la ley"); c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A su vez, innova al incluir: e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento de modo coherente".

### **III.1. Exégesis gramatical**

En el cons. VI.2 recuerda la Cámara la doctrina de la Corte sobre interpretación de las leyes: a) la primera regla es dar pleno efecto a la intención del legislador; b) la primera fuente para determinar la voluntad del legislador es la letra de la ley; c) no es admisible interpretar la ley prescindiendo de su texto; d) cuando la norma no exige esfuerzo en su hermenéutica, debe ser aplicada directamente. Como criterios complementarios, cita los siguientes: e) la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador jamás se presumen; f) el ordenamiento jurídico constituye un todo armónico.

Explica Tobías (13) que la expresión "las palabras de la ley" evoca el conocido elemento de interpretación gramatical de la ley que indica que es a las palabras a las que corresponde recurrir en primer lugar puesto que, como ellas constituyen un medio de expresión, se presume que reflejan el fin del legislador. Este criterio de hermenéutica ha sido resaltado por nuestro más Alto Tribunal, por su preocupación de impedir una "interpretación" que equivalga a prescindir del texto legal.

En el mismo sentido, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial en sus Fundamentos refiere que "Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión contra legem que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir,

una deducción"(14). En el mismo sentido afirma Rabbi Baldi (15) que "en definitiva, la gramaticalidad invita a la mera aplicación lógico deductiva del documento".

Por ello la Cámara se adentra en la consideración del caso "en primer lugar, desde la perspectiva de la exégesis gramatical" (cons. VI.3) del art. 8 del decreto 956/13, reglamentario de la ley 26.862.

Recurriendo al Diccionario de la Real Academia Española respecto del término "máximo" y de la preposición "hasta", concluye que "el artículo distinguió con toda nitidez entre un supuesto (técnicas de baja complejidad), cuya autorización previó de una temporalidad ("anuales") empleando el término "máximo" respecto de ese acceso; de otro (técnicas de alta complejidad) en relación con el cual y contrariamente a lo recién transcripto, únicamente aludió al término "hasta" para referir al número de intentos" (cons. VI.3). Y cita jurisprudencia concordante de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y de doctrina nacional calificada.

### **III.2. Exégesis sistemática**

La Cámara, luego de resolver la controversia con base en una exégesis gramatical del art. 8 del Decreto 956/13, señala que una exégesis sistemática de la norma permite arribar a idéntica conclusión (cons. VI.4).

La interpretación sistemática armoniza la norma en su conjunto y con la totalidad del ordenamiento jurídico, descartando una interpretación aislada del precepto. Enseña López Mesa (16) que "El juez, al interpretar las normas involucradas en una disputa, debe hallar la norma total, esto es el conjunto de normas aplicables a la situación, realizando una interpretación coherente, armonizante, que evite poner en pugna las disposiciones de ellas, conciliándolas a todas y manteniendo su vigor. El juez debe hallar lo que los alemanes llaman "la norma total", es decir, no una interpretación aislada de una norma parcial, sino una interpretación integradora, armonizante de diversas normas llamadas a aplicarse al caso sub discussio. Si el juez no hace ello, no logra plasmar una interpretación lograda, valiosa y está —lisa y llanamente— eligiendo una norma y prescindiendo de otras, sin armonizarlas, lo que constituye una mala labor hermenéutica".

#### **III.2.1. Directriz teleológico-objetiva**

La interpretación sistemática también se encuentra contemplada en el art. 2 del CCyC, el cual, luego de referirse a la letra de la ley, hace alusión al criterio hermenéutico que "procura desentrañar el "fin" de la norma, esto es, su sentido, ratio, o los intereses que busca lograr", por lo que también se la conoce como "directriz" "teleológica-objetiva""(17).

Se pregunta Tobías (18) si la expresión del art. 2 CCyC hace referencia a la voluntad del legislador o a la voluntad de la ley, y en el mismo sentido Rabbi Baldi (19) se pregunta si lo expuesto por la Comisión redactora del Anteproyecto supone el abandono del recurso a la voluntad del legislador.

Ambos juristas traen a colación las palabras de la Comisión redactora del Anteproyecto en los Fundamentos (20): "de conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación". Y encuentran una respuesta esclarecedora al interrogante planteado, en el art. 10 CCyC, que al emplear la noción de "fines del ordenamiento", "evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo" (Cfr. Fundamentos del art. 10 CCyC (21)).

Tobías (22) explica que es perceptible una búsqueda de desvinculación de la intención del legislador, adoptando una "interpretación evolutiva" que atribuye a la ley una finalidad según el momento de su aplicación y desligada, por ello, de la voluntad del legislador que la sancionó. Supone así el reconocimiento de que la ley puede adquirir un contenido distinto a lo largo de su vigencia, sin necesidad de que varíe la expresión gramatical. Sin embargo señala que esta postura de la evolución histórica de la finalidad de la ley tiene sus detractores, en cuyas críticas subyace el temor a la discrecionalidad judicial. A juicio del jurista, el dilema entre la finalidad del legislador y la finalidad

de la ley no se presenta en términos totalmente antitéticos, como parece desprenderse de los Fundamentos de la Comisión. Señala v.gr. la hipótesis de que, pese al transcurso del tiempo computado desde la sanción de una ley, no exista un cambio de circunstancias que permita concluir en un cambio de la ratio de la ley, caso en el cual la voluntad del legislador puede identificarse con la finalidad de la ley. Por ello entiende —siguiendo a Rabbi Baldi— que no resultan descartables en determinadas circunstancias los debates parlamentarios, los trabajos de la Comisión o las exposiciones de los miembros informantes.

Rabbi Baldi (23), por su parte, explica que "si bien la reticencia de la Comisión en favor del recurso a la voluntad del legislador encuentra respaldo en serias objeciones planteadas por la doctrina, cabe señalar, desde una perspectiva teórica, según se anticipó, que las directrices no deben operar de forma aislada y, desde una mirada práctica, que dicho canon presta un gran servicio a la resolución de los casos, ya que los trabajos de las comisiones, los debates parlamentarios o las exposiciones de motivos de los miembros informantes o del Poder Ejecutivo cuando les toca fundamentar un proyecto de ley, permiten discernir con un grado de certeza nada despreciable el sentido atribuido a los textos en cuestión por sus autores, tal y como lo ha reconocido la inveterada y constante jurisprudencia de la Corte Suprema Federal".

A nuestro juicio, la Comisión pareciera hacerse eco de las críticas que ha recibido el originalismo intencionalista por parte de la doctrina. El originalismo intencionalista es una familia de teorías sobre la interpretación constitucional que sostiene que el significado de las normas constitucionales remite a las intenciones originales de los constituyentes, teoría que, según Laise (24), podría echar luz sobre las frecuentes referencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a "las intenciones del legislador". El originalismo intencionalista afirma su capacidad de guiar a los intérpretes constitucionales actuales frente a la resolución de casos reales y concretos, garantizando la autorrestricción del Poder Judicial y la limitación de su discrecionalidad, otorgando preeminencia a las decisiones de las mayorías legislativas por sobre las interpretaciones del texto constitucional que pudieran desplegar los jueces. Así se intenta evitar el peligro de que el texto normativo se diluya en las preferencias morales o políticas de los jueces en los resultados de sus prácticas interpretativas.

Sin embargo, la doctrina crítica señala la potencial vaguedad de todo el lenguaje jurídico, y la inevitable necesidad de conectar el descubrimiento del significado lingüístico original con los fines propios de las normas particulares que se interpretan y, al mismo tiempo, con las finalidades que justifican globalmente a la práctica social que denominamos "derecho"(25).

En el marco del análisis sistemático del art. 8 del decreto reglamentario de la ley 26.862, y fundado en los debates parlamentarios, en los considerandos del decreto reglamentario, en normas relacionadas y análogas, entre otros, la Cámara concluye en la sentencia bajo análisis que la decisión/finalidad del legislador fue "ampliar derechos, promoviendo "una sociedad más democrática y más justa", de donde establece el acceso a las técnicas por parte de todas las personas, tanto mayores como menores de edad, sin que quepa introducir limitaciones que impliquen exclusiones fundadas no solo en la orientación sexual o el estado civil, cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho" sino tampoco en criterios basados en una franja etaria —tal como se había previsto en versiones anteriores al texto final de la ley— (cons. VI.4); a la par que "la variable económica de estos tratamientos no fue ajena a la consideración de los legisladores en orden a garantizar el efectivo acceso a aquellos por parte del amplio universo de beneficiarios a los que se dirigía... insistiéndose en la necesidad de que la reglamentación zanjara lo relativo a la satisfacción de las prácticas bajo análisis atento su costo" (Cons. VI.5).

Asimismo, concluye la Cámara que la formulación del sistema de cobertura no fue hecho al azar sino que guarda una lógica (cons. VI.4).

Cabe aquí recordar las enseñanzas de López Mesa: "a) El derecho es lógica y sentido común, vestido de previsibilidad. Cuando las soluciones jurídicas adoptadas aparecen como ilógicas o carentes de

sentido común es, sencillamente, porque son incorrectas o el operador jurídico ha hecho una deficiente labor hermenéutica o de integración de textos. b) El buen derecho no puede edificarse desde una confrontación frontal con la lógica y el sentido común. El buen derecho es, necesariamente, lógica y sentido común. Por ende, la contrastación de los resultados efectivos que produce determinada propuesta hermenéutica en los hechos del caso concreto sometido a decisión, es un test del acierto o error de la hermenéutica adoptada"(26).

Así, concluye la Cámara que "A la luz de lo precedentemente expuesto, surge con claridad que al distingo efectuado por la reglamentación respecto del número de prácticas previstas no cabe considerarlo fruto de una improvisación y, menos aún, de un error. Muy por el contrario, a la luz de la elocuente política legislativa recién transcrita el alcance del artículo bajo examen luce como una conclusión reflexiva del criterio al que se arribó ya que procura compatibilizar tanto el costo de las prácticas de alta complejidad cuanto el propósito de que éstas se brinden al mayor número posible de quienes la precisen. Y, de igual modo, tiene en cuenta la diversa naturaleza, y por tanto, distinta complejidad técnica y de gravitación sobre la dignidad de la personalidad de quienes intervienen en los distintos modos de reproducción asistida legislados, previendo el "acceso integral" a aquellas de forma gradual, principiando por las de baja complejidad, que deben realizarse cuanto menos tres, para recién luego pasar a las de alta -las que se brindarán en la cantidad ya expresada-, salvo que, por dictamen médico fundado, resulte justificando acudir a estas últimas sin haber agotado las tres previstas de baja complejidad" (cons. VI.5).

Me he referido en publicaciones anteriores (27) a la gradualidad del sistema creado mediante la ley 26.862 y su decreto reglamentario, criterio de política legislativa fundado en la compatibilización de los tres parámetros de los legisladores señalados por la Cámara: permitir el acceso integral para todos, teniendo en cuenta el costo de las prácticas de alta complejidad y la dignidad de las personas involucradas en las técnicas.

Cabe recordar que tanto el tope como la gradualidad en el acceso a las técnicas son exigidas por la evidencia científica que indica que la implantación embrionaria es regulada por diversos factores, los cuales permiten su éxito en un 30% de los ciclos considerados fértiles, porcentaje que no ha podido superarse con las técnicas de fecundación extracorpórea. Se ha demostrado que debe existir un adecuado ambiente hormonal (estradiol y progesterona) que actúa de forma endocrina sobre los órganos maternos implicados en el embarazo, lo que se traduce en una buena receptividad uterina. Además, estudios recientes han revelado la gran importancia de un intercambio paracrino y/o autocrino entre los dos, lo cual solo puede lograrse en un momento y lugar determinados, que se denominan "ventana de implantación"(28). La implantación implica un diálogo de estímulos y respuestas entre la madre y el embrión en la fase de blastocito. Ambos, madre y embrión, poseen un rol activo. La ventana de implantación se produce entre el 6º y el 14º día de la fecundación. Es el período en el cual el embrión se adhiere al útero. Pero la hiperestimulación ovárica que se realiza como paso previo a la fecundación artificial produce una fase lútea deficiente en la mujer que debe ser remediada con medicación antes de la transferencia de los embriones para que estos tengan posibilidades de implantarse.

El tope en la cantidad de tratamientos anuales es exigido científicamente porque "toda paciente que ingresa a un protocolo de reproducción asistida de alta complejidad debe contar con un soporte de fase lútea, que se inicia previo a la transferencia embrionaria, usualmente 48 horas. La hiperestimulación ovárica controlada origina un ambiente hiperestrogénico, y el daño folicular en el momento de la captura ocasiona una fase lútea deficiente"(29) que, como se explicó en el párrafo anterior, debe remediarse médicamente. Es decir que el cuerpo de la mujer receptora del embrión debe prepararse médicamente para cada transferencia, ya que la estimulación hormonal del ciclo femenino produce efectos que aconsejan esperar la normalización de las condiciones fisiológicas antes de proceder al traslado de los embriones al seno materno.

La gradualidad en el acceso a las técnicas se funda, desde un punto de vista médico, en la existencia de alternativas con similar grado de eficacia que las denominadas "técnicas de alta complejidad", alternativas que consisten desde tratamientos para curar la patología que padece la persona hasta técnicas que, si bien no curan al/los pacientes y sustituyen el acto sexual de los progenitores, no producen pérdidas directas de embriones ("técnicas de baja complejidad" o "in vivo").

En efecto, la Human Fertilisation and Embryology Authority del Reino Unido de Gran Bretaña informa (30) que algunos casos de infertilidad, tanto en hombres como mujeres, pueden ser revertidos con cirugía, por ejemplo, el desbloqueo de las trompas de Falopio, la cirugía en los casos de varicocele o la reversión de una vasectomía previa. Asimismo informa el organismo (31) que, en líneas generales, sería razonable intentar entre tres y seis tratamientos de baja complejidad IIU (inseminación intrauterina) antes de consultar por un tratamiento de alta complejidad, como la IVF (fertilización in vitro). En el período comprendido entre el 1-1-08 y el 31-12-08, para mujeres que reciben la IIU con semen de donante, el porcentaje de un ciclo iniciado que dio lugar a un nacimiento vivo (promedio nacional) fue: 15,8% (237/1497) para las mujeres menores de 35 años; 11,0% (154/1394) para las mujeres de edades comprendidas entre 35 a 39; 4,7% (23/492) para las mujeres de edades comprendidas entre 40 a 42; 1,2% (2/172) de las mujeres de edades comprendidas entre 43 a 44 (32).

Para evaluar la eficacia de la transferencia intratubárica de gametos (GIFT) (33), en la que —al igual que en la IUU— no se manipulan embriones, el método de la tabla de vida de Kaplan-Meier se utilizó para analizar una cohorte de pacientes tratados con GIFT entre 1991 y 1994: 1628 mujeres con una edad media de 33 años y diversas causas de infertilidad. La edad y la causa de la infertilidad fueron el factor principal de las variables. El estudio se basó en un total de 2941 ciclos consecutivos de GIFT, que conducen a un primer embarazo clínico, y 3052 ciclos, que llevó a un primer nacimiento vivo. El embarazo acumulativo y las tasas de nacidos vivos fueron 49,6 y 38,8% respectivamente, después de tres ciclos iniciados, y 64,1 y 52,0%, respectivamente, después de cinco ciclos iniciados. La tasa de embarazos múltiples fue del 22,6%. La tasa de implantación ascendió al 13,1% después de que la GIFT demuestra que el desarrollo del embrión se beneficia con un período de exposición en el entorno de la trompa de Falopio. Los presentes resultados indican que ~ 50% de las parejas tendrá al menos un bebé después de cinco ciclos de GIFT iniciados.

Respecto de las técnicas de "alta complejidad", que implican la producción extracorpórea de embriones, son elocuentes las estadísticas del organismo británico de control de la fecundación artificial, la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) durante el período que va entre 1991 y 2006 (34):

Embriones humanos concebidos: 2.302.627 (100%)

Niños nacidos por procreación artificial: 98.200 (4,26%)

Seres humanos abortados directamente: 1.009.916 (43,86%)

Personas congeladas o muertas indirectas: 1.194.511 (51,88%)

Dentro de las técnicas de baja complejidad se encuentran las alternativas médicas que restauran la salud de la pareja para que pueda concebir naturalmente. Una de ellas es la naprotecnología (35), que "incluye tratamientos médicos y quirúrgicos. Asimismo, ayuda a la búsqueda del embarazo a través de la enseñanza los Indicadores de Fertilidad en patologías más o menos complejas"(36). Una reconocida médica especialista en fertilidad de la Fundación COF Getafe de España afirma: "Todos los estudios indican unos porcentajes de éxito más altos que en la fecundación in vitro incluso. Hay muchos estudios realizados en Estados Unidos con tasas tres veces más altas que la fecundación in vitro, es verdad, hasta del 81 % porque muchas veces los defectos de la ovulación no se saben tratar y esta ciencia los aborda. Hay muchas mujeres que llegan a nosotros habiendo fracasado en varios tratamientos de fecundación in vitro"(37). Algunos ejemplos de la tasa de éxito de la Naprotecnología respecto de la fecundación in vitro (38):

| Patología           | Naprotecnología | Fecundación in vitro |
|---------------------|-----------------|----------------------|
| Endometriosis       | 56,7-76,4%      | 21,2%                |
| PCOS                | 62,5-80%        | 25,6%                |
| Obstrucción tubaria | 38,4            | 27,2%                |

### III.2.2. Interpretación analógica

Por otra parte y en cuanto a la regla hermenéutica de recurso a las leyes análogas, también comprendida en el art. 2 del CCyC, Tobías (39) entiende que la interpretación analógica es un procedimiento lógico mediante el cual, quien interpreta y aplica el derecho puede subsanar eventuales insuficiencias o deficiencias normativas recurriendo a la disciplina jurídica prevista para un caso similar.

En esta línea, la Cámara pondera desde normas sancionadas con anterioridad a la norma bajo análisis hasta normas sancionadas recientemente, todas ellas con igual temperamento que el interpretado art. 8 del decreto 956/13: la ley de la provincia de Buenos Aires 14.208 y su decreto reglamentario N° 2980/10, la resolución N° 8538/10 de la Dirección General de Prestaciones del Instituto Obra Médico Asistencial —IOMA— de la provincia de Buenos Aires, la ley N° 9695 modificatoria de la N° 9277 de creación de la Administración Provincial del Seguro de Salud de la Provincia de Córdoba, la Resolución 450/09 del Directorio del Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) de la Provincia de La Pampa, la resolución N° 157/13 del Directorio de la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) de la Provincia de Mendoza, y "la muy reciente ley 2954 de la Provincia de Neuquén (sancionada el 13/08/15)" (cons. VI.6). En igual sentido, en el cons. VI.7 cita jurisprudencia de diversos tribunales argentinos (Corte de Justicia de Salta, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, Cámara Federal de Bahía Blanca, entre otros).

### III. 3. Control de razonabilidad

Sostiene la Cámara que el derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (cfr. Cons. VI.5). A continuación desarrolla brevemente la doctrina del control de razonabilidad de las leyes, "que constituye un principio general de derecho con fundamento en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional".

Enseña Cianciardo (40) que el principio de proporcionalidad o razonabilidad se encuentra integrado por subprincipios, uno de los cuales es el de adecuación, que establece que la norma reguladora de un derecho fundamental debe ser adecuada o idónea para el logro del fin que su dictado persigue. Tal como hemos mostrado en párrafos anteriores, la interpretación que la Cámara realiza del art. 8 del Decreto 956/13 se encuentra en consonancia con las tres finalidades explicitadas por los legisladores en los debates parlamentarios de la ley 26.862: acceso integral para todos, teniendo en cuenta el costo de las prácticas de alta complejidad y la dignidad de las personas involucradas en las técnicas.

Haciendo suya la doctrina del Superior Tribunal de Tierra del Fuego (41), la Cámara sostiene que "La razonabilidad de la norma consiste en una valoración axiológica de justicia, de modo tal que cuando la constitución impone la obligación de dictar leyes razonables, está exigiendo el dictado de leyes justas, equitativas. De allí que, si consideramos que la finalidad del estado radica en el logro del bienestar general —tender al logro del bien común—, ese fin es el que pone los límites en la actuación del poder político y, en consecuencia, el estado goza de poder solo para la realización de él". Y por ello, "con sustento en el precedente análisis del debate legislativo, puesto en correspondencia con la sistemática de la ley, también referida, se concluye que tampoco se advierte que la solución que se propicia respecto de la inteligencia del art. 8° bajo discusión infrinja el referido test de razonabilidad" (Cons. VI.5).

#### **IV. Conclusión: una decisión razonablemente fundada**

Enseña Andruet (42), refiriéndose a las exigencias del art. 3 del CCyC, que el juez, luego de su labor interpretativa, debe dar a todo ese entramado complejo de normas, principios y valores, "una discursividad apropiada a la métrica jurídico-judicial que, como tal, convierta dicho discursar en un discurso razonable; no siendo dispensable para el juez, dejar de hacerlo: sea ello por su propia incapacidad u otra dificultad técnico-jurídica".

Sin embargo, el autor señala con agudeza que "dicha condición de razonabilidad resultaría de mucha mayor facilidad para su control si estuviera también acotada o calificada con el signo de la logicidad. Con tal integración —de lo razonable con lo lógico—, se podría pensar en sentencias no sólo que no desafían el sentido común y por ello pueden ser consideradas por la mayoría de la comunidad como razonables, sino también objetivamente controlables acorde a patrones lógicos". Teniendo presente lo antes afirmado respecto de la logicidad de la interpretación realizada por la Cámara, puedo afirmar sin vacilación que nos encontramos frente a una sentencia lógica, justa y razonable.

-----  
(A) Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación "Análisis y propuesta de alternativas para la protección jurídica de los derechos humanos del embrión", dirigido por el Dr. Siro De Martini. Programa Ius - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho. UCA. Convocatoria 2016-2018.

(1) V. gr. la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el 12-11-14 el proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14, actualmente en revisión en la Cámara de Senadores de la Nación —en la cual tramita bajo el número 101/14—. Cfr. Marrama, Silvia, Violencia biotecnológica: análisis del proyecto de ley 101/14, en *El Derecho*, [268] - (08/08/2016, nro 14.013) [2016]; Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, en *El Derecho* 261-623 [2015]; Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional Nº 0581-D-2014; en *El Derecho* 259-757 [2014]; Análisis del proyecto de ley 0581-D-14 Y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la ley Nº 26.862, de la constitución nacional y de los principios internacionales que rigen la materia, en *Anales* 2014 - Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, <http://bioetica.ancmyp.org.ar/muestradetalle.asp?idCategory=554&tipo=0&urldes=&descurl=>.

Fecha de acceso: 01/12/2016.

(2) Cfr. MARRAMA, Silvia, Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino, en *El Derecho* 255-335 [2013]; Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar, en *El Derecho* 244-933 [2011].

(3) CSJN, FSA 87/2015/CA1/CS1, "G., G. A. c. Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986", sentencia del 20/09/2016.

(4) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino" (Buenos Aires, 1947). t. 1, Edit. La Ley p 145 y ss.

(5) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, p. 13-25.

(6) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino" (Buenos Aires, 1947). t. 1, Edit. La Ley p 157.

(7) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, p. 13-25.

- (8) Creada mediante Decreto N° 191/2011 e integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.
- (9) LORENZETTI, Ricardo L.; HIGHTON de Nolasco, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto III, 1. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.
- (10) LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto III, 4.2. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.
- (11) DEPETRIS, Carlos E., "Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial", 01/06/2015, en Id Infojus: DACF150652
- (12) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. I, arts. 1 a 400, Rivera, Julio César (dir.); Medina, Graciela (dir.); Esper, Mariano (coord.), (Buenos Aires, 2015). Edit. La Ley, 1° edic., 2° reimp., p. 61-69.
- (13) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, p. 13-25.
- (14) LORENZETTI, Ricardo L.; HIGHTON DE NOLASCO, Elena; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto III, 4.1. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.
- (15) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo I, arts. 1 a 400, Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.), (Buenos Aires, 2015). Edit. La Ley, 1° Edic., 2° reimp. p. 61-69.
- (16) LÓPEZ MESA, Marcelo J., La interpretación de la ley en el Código Civil y Comercial (y algunas reglas indicativas para superar escollos prácticos en la faena hermenéutica), en RCCyC 2016 (agosto), 41, Cita Online: AR/DOC/2368/2016. Fecha de consulta: 22/12/2016.
- (17) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. I, arts. 1 a 400, Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.), (Buenos Aires, 2015). Edit. La Ley, 1° Edic., 2° reimp., p. 62.
- (18) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (Dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, p. 13-25.
- (19) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo I, arts. 1 a 400, Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.), (Buenos Aires, 2015). Edit. La Ley, 1° Edic., 2° reimp., t. 62-63.
- (20) LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto III, 4.2. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.
- (21) LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", punto III, 6.3. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.

- (22) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, pág. 13-25.
- (23) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo I, arts. 1 a 400, Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.), (Buenos Aires, 2015). Edit. La Ley, 1º Edic., 2º reimp., p. 63.
- (24) Cfr. Laise, Luciano, El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones, en Revista de derecho (Coquimbo), versión On-line ISSN 0718-9753, RDUCN vol.22 no.2 Coquimbo 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200007>. Fecha de consulta: 20/12/2016
- (25) Cfr. ZAMBRANO, Pilar; La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, (Méjico D.F., 2009). UNAM, 86 pp., p. 60. Cit. por Laise, Luciano, El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones, en Revista de derecho (Coquimbo), versión On-line ISSN 0718-9753, RDUCN vol.22 no.2 Coquimbo 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200007>. Fecha de consulta: 20/12/2016
- (26) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La interpretación de la ley en el Código Civil y Comercial" (y algunas reglas indicativas para superar escollos prácticos en la faena hermenéutica), en RCCyC 2016 (agosto), 41, Cita Online: AR/DOC/2368/2016. Fecha de consulta: 27/12/2016.
- (27) MARRAMA, Silvia, "Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley Nº 10.854" - 8280 de autoría del senador Melchiori, en El Derecho 257-811 [2014].
- (28) Cfr. VALBUENA, D.; Simón, C., Cococultivo embrionario: mejoría de la implantación, en Instituto Valenciano de infertilidad, Valencia, s/f, <http://www.encolombia.com/medicina-reproductiva24299-cocultivo.htm>. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (29) Cfr. KABLY, Alberto - ESTÉVEZ, Sergio, Fertilización in vitro con transferencia de embriones, en CEPAM: Revista Dolor, Clínica y Terapia, vol. VI, Nº 1, 21-4-09. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (30) Cfr. Surgery, en <http://www.hfea.gov.uk/fertility-treatment-options-surgery.html>. Surgery for women, en <http://www.hfea.gov.uk/female-infertility-surgery.html> y Surgery for men, en <http://www.hfea.gov.uk/male-infertility-surgery.html>. Traducción propia. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (31) Cfr. Intrauterine insemination (IUI) - chance of success, en <http://www.hfea.gov.uk/iui-success-rate.html>. Traducción propia. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (32) Las cifras entre paréntesis indican ciclos de IIU que resultaron en nacimientos vivos/ciclos de IIU iniciados.
- (33) Cfr. Rombauts, L. - Dear, M. - Breheny, S. - Healy, D. L., Cumulative pregnancy and live birth rates after gamete intra-Fallopian transfer, en Human Reproduction, vol. 12, nº 6, págs. 1338-1342, 1997. Traducción propia. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (34) Cfr. Human Fertilisation and Embryology Authority, A long term análisis of the HFEA Register data, 1991-2006 (Análisis de la Autoridad en Embriología y Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11-7-07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia. Fecha de consulta: 02/02/2014.
- (35) La NaProTecnología, también conocida como "Tecnología de Procreación Natural", es el conjunto de los distintos procedimientos que cooperan con la fecundación y agrupa a las técnicas de ayuda a la procreación. El enfoque es "restaurador" para tratar la infertilidad, con el objetivo de lograr tasas de embarazo en ciclos naturales. Tales enfoques tienden a ser multifactoriales ya que abarcan múltiples causas. Cfr. Centro de Bioética, Persona y Familia, Informe La NaProTecnología: Diagnóstico y tratamiento de las causas de la infertilidad, septiembre de 2013, Informe elaborado por la Ing. Selva Contardi con la colaboración de la Ing. María Emilia Fernández, en <http://centrodebioetica.org/tag/naprotecnologia/>. Fecha de consulta: 29/08/16.

- (36) Cfr. BELLETICH, Elena, Naprotecnología: una alternativa natural contra la infertilidad, publicado el 23-9-12 en <http://udep.edu.pe/hoy/2012/naprotecnologia-una-alternativa-natural-contr-la-infertilidad-3/>. Fecha de consulta: 02-09-16.
- (37) Naprotecnología. La ciencia al servicio de la vida: entrevista con Helena Marcos, experta en Naprotecnología, médica del Área de reconocimiento de la Fertilidad de la Fundación COF-Getafe, publicada el 22-4-16 en <http://www.fundacioncofgetafe.org/single-post/2016/04/23/Naprotecnolog%C3%ADa-La-ciencia-al-servicio-de-la-vida>. Fecha de consulta: 30/08/16.
- (38) Facts about Napro. For Those Struggling With Infertility, en <http://www.restorefertilitycare.com/infertility-ebook/>. Fecha de consulta: 03/09/16.
- (39) TOBÍAS, José W., Autor de las glosas a los arts. 1 a 103, en Alterini, Jorge H. (dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). 1º ed. Edit. La Ley. Vol. 1, pág. 19.
- (40) CIANCIARDO, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo, (Buenos Aires, 2007). Edit. Ad-Hoc. Pág. 283-292.
- (41) STJ, Tierra del Fuego, "Oberto, Pedro Osvaldo c/Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/Acción de inconstitucionalidad - Medida Cautelar" sentencia del 7/10/03- SAIJ Sumario: TF001159
- (42) Andruet (h.), Armando S., La decisión razonablemente fundada del art. 3º del Código Civil y Comercial, en RCCyC 2016 (agosto), 63, Cita Online: AR/DOC/2352/2016. Fecha de consulta: 27/12/2016.