

Voces:

ACCION DE AMPARO ~ GESTACION POR SUSTITUCION ~ OBRAS SOCIALES ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I(CNFedCivyCom)(SalaI)

Fecha: 22/03/2022

Partes: S., E. R. y otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ Amparo de salud

Publicado en: LA LEY 10/05/2022 , 4, con nota de Silvia Marrama;

Cita: TR LALEY AR/JUR/32428/2022

Sumarios:

1 . Se revoca la sentencia en cuanto ordenó la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida mediante gestación por sustitución. La normativa no prevé, de forma expresa, la posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

Jurisprudencia Relacionada(*)

Igual Sentido

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K. F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación, 28/10/2020, TR LALEY AR/JUR/54740/2020;](#)

Sentido Contrario

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I. S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación, 28/08/2020, TR LALEY AR/JUR/35471/2020](#)

Ver Tambien

[Corte Europea de Derechos Humanos, D. c. Francia, 16/07/2020, TR LALEY EU/JUR/3/2020](#)

(*) Información a la época del fallo

2 . Mediante la Ley de Reproducción Médicamente Asistida se procuró garantizar también el derecho de protección de la familia, el cual se encuentra consagrado en el art. 17 de la CADH, en el 10 del PIDESC y en el 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —entre otros cuerpos normativos— (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

3 . El legislador —mediante una norma que no es disponible para las partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

4 . Sobre la base del principio de integralidad en la interpretación de las normas, la gestación por sustitución es una práctica que no puede considerarse admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

5 . Al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la gestación por sustitución, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida, como pretende la parte actora (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

6 . El proceder de la obra social, al denegar la cobertura para un TRHA mediante gestación por sustitución no luce como manifiestamente arbitrario o ilegítimo, en los términos que exige la vía intentada, pues se fundó en la falta de regulación en la ley 26.862 de la práctica “subrogación uterina”, efectuando una interpretación que resulta consistente con el marco normativo en el que esa norma se inserta (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

7 . La sentencia que autorizó un TRHA mediante gestación por sustitución no solo soslayó lo dispuesto en los arts. 562 y 558 Cód. Civ. y Com. —que impiden al ejercicio del derecho a la procreación pretendido por los amparistas mediante el método de gestación por sustitución, en tanto reconocen indefectiblemente el vínculo filial con quien dio a luz al mismo tiempo que obstan a la existencia de más de dos vínculos filiales—, sino que también prescindió de considerar que ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello importaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562, Cód. Civ. y Com. (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

8 . La vía escogida —acción de amparo contra una obra social tendiente a obtener la cobertura de una prestación— no resulta idónea para el apropiado análisis de la cuestión filiatoria sobre la que se asienta la pretensión —gestación por sustitución— y que involucra la aplicación de normas de orden público. La dilucidación de ese aspecto, además, no puede ser diferida para su debate en una etapa posterior al dictado de la sentencia, pues la índole de los derechos en juego exigía un adecuado examen del asunto (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

Texto Completo:

Expediente N° CCF - 1152/2021

Dictamen del Fiscal General

1. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo articulada por “el señor E. R. S. y la señora D. S. O.; en consecuencia, conden[ó] a la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal, a brindar a los amparistas —[previa presentación de la gestante N. V. del consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria, acreditación de que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento, sin voluntad procreacional]— la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la actora o, en su caso, con ovodonación proveniente de banco, y gametos masculinos aportados por el actor, en el cuerpo de la gestante solidaria N. V.” (fs. 115, de acuerdo, en todos los casos, a las que constan en el sistema de consultas web del PJN).

Para decidir de esa manera, en primer lugar señaló que “no se encuentra controvertido el hecho que el señor E. R. S. y la señora D. S. O. son afiliados de la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal.

Asimismo, no ha sido desconocido que debido a las complicaciones médicas que habrían surgido en el parto del primero y único hijo de la señora D. S. O., requieren de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada gestación por sustitución o gestación solidaria, como único medio posible para lograr satisfacer el derecho a la salud reproductiva”.

Conforme a ello, recordó que “el derecho a la salud reproductiva por tratarse de un derecho humano debe ser analizado de acuerdo con el principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano; es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Este principio se contempla directamente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Sentados los principios constitucionales y convencionales que enmarcan el asunto, el magistrado consideró que “la existencia de un remedio administrativo o la falta de agotamiento de la vía administrativa no es óbice para la protección de un derecho constitucional a través de la acción de amparo...”.

Aclarado ello, destacó que la figura de la gestación por sustitución ha recibido distinto tratamiento en el derecho comparado. Sin embargo, en nuestro país “no se halla prohibida, pero el legislador tampoco [la] incluyó [...] en la ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, decreto 956/2013, o en el Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

En este punto, reseñó el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, (Civ 14153/2017/CS1, del 27.08.2020), quien señaló que “según el glosario de la Organización Mundial de la Salud la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida”. Continuando con la reseña, señaló que el Procurador entendió que la práctica está permitida “de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional”.

El juez de grado destacó que si bien en esa causa se analizó un supuesto diferente al aquí en debate, pues “en estas actuaciones no se trae a conocimiento un conflicto sobre filiación, sino que la decisión requiere la determinación acerca de la obligación de la Obra Social demandada, a financiar el tratamiento requerido por los actores”, sobre la base de tales antecedentes concluyó que el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe esa práctica.

Conforme a ello, sostuvo que “debido a que el señor E. R. S. y la señora D. S. O. requieren por la patología que presentan de esta técnica de reproducción humana asistida prescripta por los médicos tratantes, como único medio posible para lograr satisfacer el derecho a la salud reproductiva; con base en el bloque de convencionalidad recogido por el art. 75, inc. 22 de la CN, constitucionalidad y legal descrito anteriormente, interpret[o] que la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal, en los términos de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, debe hacerse cargo del financiamiento de la prestación solicitada...”.

En cuanto a los reparos de índole económica opuestos por la accionada, el juez entendió que “[n]inguna prueba concreta se ha aportado acerca del impacto que la cobertura de la prestación requerida tendría en el presupuesto con el que cuenta la demandada ni acerca del déficit presupuestario que alega”. Sin embargo, agregó que “la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad

social, a la que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios”.

Por otra parte, rechazó el pedido de reintegro de gastos, desde que la instrumentación del amparo “no ha sido prevista para dirimir cuestiones puramente patrimoniales que deben ser dilucidadas en juicio de conocimiento pleno”.

Sobre los alcances de la cobertura, destacó que “se deberá extender hasta la consecución del embarazo, tal como fue peticionado por los actores, con el límite de hasta tres tratamientos de alta complejidad anuales”. Ello incluyendo “toda técnica y/o procedimiento para la implantación de los embriones en el cuerpo de la gestante solidaria, señora N. V.”, ovodonación, medicación y criopreservación.

Asimismo, ordenó que con carácter previo al cumplimiento de la sentencia “la gestante N. V. deberá presentar en autos el consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria, acreditar que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento aquí ordenado, sin voluntad procreacional alguna”, junto con una “declaración jurada acerca de que el sometimiento es en forma totalmente solidaria, desinteresada de cualquier tipo de beneficio económico”.

Finalmente, sostuvo que “los actores deberán realizar el tratamiento de fertilidad en la institución elegida (PROCREARTE) solo en caso de que aquella sea prestador de la demandada y cumpla con los recaudos establecidos por la normativa aplicable, pues de lo contrario, deberá cumplirse con la cobertura con los profesionales propios y/o contratados por la demandada que cumplan con los recaudos previstos por la norma. Y es que de lo contrario, de accederse sin más a los requerimientos de cobertura de los afiliados en instituciones no contratadas, o a través de profesionales que no pertenecen al staff de la entidad asistencial, se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales y entidades de medicina prepaga”.

2. Contra esa decisión, la demandada interpuso y fundó —en el plazo legal— recurso de apelación (fs. 116/119), el que fue concedido a fojas 120.

En su memorial, señaló que “[c]ontradiendo su propio raciocinio [al denegar la medida cautelar] el magistrado [la] condena [...] a otorgar cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente, fragmentando la seguridad jurídica que debería garantizar”, bajo una interpretación discrecional y sesgada del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordó que la negativa a la prestación se sustentó en que “del plexo normativo que componen la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/2013 y la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud y demás resoluciones, el tratamiento solicitado no se encuentra contemplado y por ende no es exigible a los efectores de salud que proveen servicios en nuestro país”.

En lo sustancial se agravó de “la discrecionalidad del magistrado y la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y Legislativo”, pues se arrogó “una función atribuida a otros órganos del estado bajo pretexto de una interpretación, cuando en la realidad de los hechos el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica médica en la normativa”.

Destacó que la decisión perjudica a “los 60.000 afiliados que componen [su] padrón, los que se [verán] afectados por un gasto que oscila en los 5 y 20 millones de pesos para un solo tratamiento de fertilidad, el que se multiplicaría por cada tratamiento que se inicie y fracase”.

3. El artículo 43 de la Constitución Nacional, en su parte respectiva, dispone que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

De acuerdo a la norma reseñada el objetivo de la acción de amparo es prevenir o, en su caso, restablecer derechos fundamentales, afectados por un proceder manifiestamente ilegítimo (Fallos: 316:1768 y 317:1128).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, reiteradamente, que la acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, han sido calificados de imprescindibles (Fallos: 319:2955; 321:1252 y 323:1825, entre otros).

4. De los antecedentes del caso surge que los actores solicitaron a la obra social demandada la cobertura del tratamiento de fertilización asistida con ovodonación, con gametos propios, mediante gestación solidaria. Argumentaron que si bien la práctica no se encontraba regulada, está incluida dentro de las técnicas de alta complejidad previstas en el artículo 8°. La solicitud fue acompañada de una orden médica en la que se indica la subrogación uterina.

La demandada resolvió “No hacer lugar [...] a la práctica subrogación uterina”. Ello, en tanto “la División Asistencia Sanitaria (Dr. Carreras) mediante IF-2020-17433338-DOBSO#SPF manifestó que lo solicitado no se encuentra incluido dentro de la ley de fertilización asistida 26.862/13”.

También se expuso “[q]ue la División Asesoría Jurídica señala que existe un vacío legal en el caso que nos ocupa; y en virtud de lo expuesto en nuestro país el alquiler de vientre no está legislado, por lo que dicha práctica no se encuentra en el PMO, y no es de cobertura de obras sociales”.

5. La Ley N° 26.862 tiene como objetivo garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1°), entendidos como aquellos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (art. 2°).

Están comprendidas en la norma “las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

El artículo 7° establece que “[t]iene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley N° 26.862 dispone —en lo pertinente— que “[e]l sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación...”.

La reglamentación aclara que “[s]e entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante”.

Y, por técnicas de alta complejidad, “a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

A su vez, dispone que “[l]a Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud, conforme las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud” (art. 2° del Decreto N° 956/13).

Finalmente, exige que tanto la persona que requiera la realización del tratamiento, como la que hubiese donado gametos y/o embriones, presente un consentimiento informado. Aclara que las donaciones de gametos o embriones nunca tendrá carácter lucrativo o comercial (arts. 7° y 8°).

6. Puede advertirse que la normativa reseñada no prevé, de forma expresa, la posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución. Esa falta de regulación, según mi parecer, debe interpretarse armónicamente conjugando esas disposiciones con el resto del sistema normativo y ponderando, especialmente, los fines a los que propende.

En este marco, corresponde tener presente que, si bien la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, es propio de la exégesis buscar el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, considerando que su inconsecuencia o falta de previsión no se suponen, por lo que toda interpretación adecuada debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptar como verdadero el criterio que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 319:1131; 335:2524; 338:962; 339:323 entre muchos otros).

7. Así, tal como surge de los considerandos del Decreto N° 956/2013, en la ley “prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia”.

En los referidos considerandos se lee que “el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)” y “se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud”.

En cuanto aquí interesa, mediante la Ley de Reproducción Medicamente Asistida se procuró garantizar también el derecho de protección de la familia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —entre otros cuerpos normativos— (conf. dictamen del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, en Fallos: 338:779).

Tales preceptos reconocen, en esencia, “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas...”. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación N° 19, referida al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sostenido que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear.

Desde esta perspectiva, el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida constituye un aspecto del derecho a la salud que se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a fundar una familia. Los aludidos tratamientos, así contextualizados, se evidencian como instrumentos para la consecución de un fin último, cual es posibilitar el ejercicio del derecho de toda persona a la paternidad y/o maternidad.

8. Conforme a esa finalidad, el Cód. Civ. y Com. de la Nación reguló una tercera fuente filial derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en forma específica y diferenciada de los supuestos de filiación por naturaleza y filiación por adopción. Ello, considerando las particularidades propias del uso de estas técnicas “que repercuten directamente en el campo filial” (Rodríguez Iturburu, Mariana, “Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/116>).

Así, el artículo 558 del citado código establece que “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción” y que cualquiera de ellas “surten los mismos efectos”. En lo que respecta a las TRHA, el elemento sobre el que se asienta la determinación de la filiación de los nacidos mediante ellas es la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento informado.

En ese contexto, los artículos 560 y 561 del Cód. Civ. y Comercial establecen las condiciones y la forma en la que ese consentimiento —previo, informado y libre— debe ser recabado por el centro de salud, en atención a la importancia que ostenta en el campo de la filiación derivada de las TRHA, con independencia de quien haya aportado el material genético.

Así, el Cód. Civ. y Comercial incorporó a las TRHA como una tercera fuente filial con características propias, en especial, en lo referido a la voluntad procreacional. Sin embargo, el citado cuerpo normativo contempla limitaciones expresas a esa voluntad. Por caso, el artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, última

parte, establece categóricamente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

A su vez, en cuanto aquí interesa, el artículo 562 del citado cuerpo normativo señala que “los nacidos por las técnicas de reproducción asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

De esta manera, el legislador —mediante una norma que no es disponible para las partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional (CNCiv., Sala k, en “F. R. R. y otro c. G. P. M. A. s/ impugnación de la filiación”, sentencia del 28/10/2020).

9. Sobre la base de tales previsiones y el principio de integralidad en la interpretación de las normas, en mi opinión la gestación por sustitución es una práctica que no puede considerarse admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino.

En este punto, cabe destacar que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Cód. Civ. y Com. de la Nación optó, expresa y deliberadamente, por excluir la figura de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, por considerar que “encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura”, lo cual exigía, a juicio del Congreso, un debate más profundo e interdisciplinario.

En consecuencia, al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la gestación por sustitución, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida, como pretende la parte actora (CNCiv., Sala K, en “F. R. R. y otro c. G. P. M. A. s/ impugnación de la filiación”, Expte. N° CIV 33.409/17, sentencia del 28/10/2020).

Cabe agregar que el legislador, de modo coherente con la decisión de excluir a la gestación por sustitución como práctica admitida, dio una solución legal para la determinación de la filiación resultante a través del art. 562 del Cód. Civ. y Comercial, antes citado. Como se ha señalado, la regla establecida por el legislador tuvo el deliberado propósito de excluir el contrato de gestación por sustitución del derecho argentino (conf. Basset, U., “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?”, en LA LEY, 2016-C, 88).

En consonancia con este criterio, el Código estableció soluciones que se complementan de modo coherente con la decisión adoptada en materia de gestación por sustitución. Entre ellas, el artículo 17, que prohíbe los contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

De esta manera, según mi parecer, el proceder de la obra social al denegar la cobertura requerida no luce como manifiestamente arbitrario o ilegítimo, en los términos que exige la vía intentada, pues se fundó en la falta de regulación en la Ley N° 26.862 de la práctica “subrogación uterina”, efectuando una interpretación que resulta consistente con el marco normativo en el que esa norma se inserta.

10. Por otra parte, cabe destacar que la cuestión, conforme fue articulada, no se circunscribe a establecer el alcance del derecho a la salud de los actores bajo los estándares antes señalados, sino que se encuentra inescindiblemente vinculada a la filiación de la gestante con quien pueda nacer bajo ese método.

Como los propios actores reconocen, la finalidad de la acción es concretar su proyecto familiar y lograr “ser padres”. La concreción de ese derecho se asienta, de forma inexorable, sobre las disposiciones sobre filiación y colisiona con una previsión normativa de orden público, que expresamente emplaza a “quien da a luz” como madre del nacido (art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Tal vinculación entre el derecho a la salud de los actores y las reglas sobre la filiación previstas en el citado Código, por cierto, surge manifiesta de los términos de la misma sentencia, en cuanto ordenó a la gestante presentar el consentimiento informado en el que exprese su voluntad de someterse al tratamiento “sin voluntad procreacional alguna”, aspecto este último mediante el cual se pretendería eludir la relación filiatoria que surge del referido imperativo legal.

Sin embargo, al proceder de tal modo, el juez de grado no solo soslayó lo dispuesto en los artículos 562 y 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —que impiden al ejercicio del derecho a la procreación pretendido por los amparistas mediante el método de gestación por sustitución, en tanto reconocen indefectiblemente el vínculo filial con quien dio a luz al mismo tiempo que obstan a la existencia de más de dos vínculos filiales —, sino que también prescindió de considerar que ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o

consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello importaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En estos términos, según mi parecer, la vía escogida —acción de amparo contra una obra social tendiente a obtener la cobertura de una prestación— no resulta idónea para el apropiado análisis de la cuestión filiatoria sobre la que se asienta la pretensión y que involucra la aplicación de normas de orden público. La dilucidación de ese aspecto, además, no puede ser diferida para su debate en una etapa posterior al dictado de la sentencia, pues la índole de los derechos en juego exigía un adecuado examen del asunto —por el fuero competente y a través del cauce procesal pertinente—.

Como se ha señalado “el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”, y “en el derecho de familia, la voluntad individual está más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público (...) El interés especial que tiene el Estado en las relaciones familiares determina que las normas familiares por lo general sean imperativas o/e irrenunciables, de orden público y dirigidas a la satisfacción del interés familiar” (conf. Medina, Graciela, “Orden público en el derecho de familia”, LA LEY 2015-F, 742).

11. Por tales motivos, considero que corresponde admitir el recurso de apelación de la accionada y revocar la sentencia en cuanto ordenó la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida mediante gestación por sustitución.

Dejo así contestada la vista conferida y solicito ser notificado de la resolución que oportunamente se dicte.
— Rodrigo Cuesta.

CCF 1152/2021/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 22 de 2022.

Considerando: 1. Los actores promovieron acción de amparo contra la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal a fin de que se la condenara a proveer la cobertura económica integral de la técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la Sra. D. S. O. o, en su caso, con ovodonación proveniente de Banco, y gametos masculinos aportados por el Sr. R. E. S., en el cuerpo de la gestante solidaria, N. V., con estudios, medicación y técnicas complementarias hasta lograr el embarazo y nacimiento. Además solicitaron el reintegro de los gastos en medicamentos en los que incurrieran para el inicio del tratamiento que luego se viera frustrado por la negativa de cobertura de la demandada, con intereses. También pidieron que se dispusiera la cobertura cautelarmente (cfr. escrito inicial a fs. 2/24, puntos I y V).

Expusieron que la señora D. S. O. tuvo que someterse a una histerectomía por complicaciones derivadas del nacimiento de su primer hijo con una pareja anterior. Relataron que debido a ello y ante el deseo de ser padres, consultaron con la institución Halitus y posteriormente con Procreate para interiorizarse de la denominada “gestación solidaria”, pero en ambos casos los presupuestos superaban sus posibilidades económicas. Como esta última es prestadora de la demandada, presentaron la solicitud de cobertura fundada en la orden médica de un profesional de esa institución, pero fue denegada mediante el acto administrativo que citaron. Añadieron que el reintegro de los gastos en medicación que habían afrontado también les fue rechazado. Fundaron su pretensión en la protección constitucional y convencional del derecho a la salud, en la ley 26.862 y sus normas complementarias. Explicaron que si bien el Cód. Civ. y Com. de la Nación no regula la gestación solidaria, establece las pautas para determinar la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo fundamental la voluntad procreacional. Invocaron el derecho a la planificación familiar y alegaron el carácter discriminatorio de la decisión de la obra social. En suma, sostuvieron que la negativa a cubrir el tratamiento de fertilización asistida que requieren resulta una conducta palmariamente arbitraria e ilegítima de la demandada, que colisiona manifiestamente con las normas que regulan la materia y lesiona en forma cierta y actual sus derechos reproductivos y el derecho a la salud.

Al producir el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, la demandada fundó su denegación en la falta de previsión normativa de la prestación solicitada. Alegó el alto costo y la posibilidad de tener que reiterar el tratamiento, por lo cual imponer la cobertura iría en desmedro de la atención médica del resto de los afiliados. Señaló la calidad de no afiliada de la “gestante solidaria” por lo que su parte debería gestionar un vínculo con

esta a efectos de otorgar la cobertura y el actor, realizar el aporte de ley correspondiente, asimilándola como parte de su grupo familiar primario. Añadió el desconocimiento de sus condiciones personales y del eventual vínculo contractual entre las partes. Destacó que “la capacidad gestacional no es un bien que esté en el comercio y pueda ponerse a la venta”. Además invocó la falta de agotamiento de la vía administrativa (cfr. escrito del 17/03/2021 a fs. 63/70).

La resolución del 30/03/2021 rechazó la medida cautelar (fs. 68) y el recurso interpuesto por la actora (fs. 72/79) fue declarado extemporáneo (fs. 80).

2. La sentencia apelada hizo lugar parcialmente al amparo promovido y condenó a la demandada a otorgar a los actores la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la actora o, en su caso, provenientes de banco, y gametos masculinos proporcionados por el actor, en el cuerpo de la gestante solidaria N. V., todo ello con los alcances establecidos en el considerando IX. También resolvió que, con carácter previo, la gestante debería presentar en autos el consentimiento informado para formalizar el “Instrumento de Gestación Solidaria”, acreditar que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento ordenado, sin voluntad procreacional alguna. Además, debería acompañar declaración jurada acerca de que el sometimiento es en forma totalmente solidaria, desinteresada de cualquier tipo de beneficio económico (cfr. considerando X. Empero, rechazó el reintegro de gastos (ver considerando VIII). Las costas fueron distribuidas en el orden causado.

3. La demandada se agravia de esta decisión. Manifiesta que la denegación de cobertura se sustentó en que el tratamiento solicitado no está contemplado en el plexo normativo que componen la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/2013 y la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud. Señala que la resolución contradice el razonamiento para denegar la medida cautelar y la condena a otorgar la cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente. Alega que la decisión se funda en una interpretación discrecional del art. 19 de la Constitución Nacional. Destaca la vulnerabilidad de su patrimonio, cuyo déficit presupuestario aumentaría la cobertura requerida y añade que no recibe aportes del Fondo de Solidario de Redistribución. Se queja de la discrecionalidad que atribuye al magistrado y de la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Pone énfasis en que el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica en la normativa.

4. Los actores sostienen que el planteo de la cuestión presupuestaria es tardío y que hallándose incluida la prestación de fertilización asistida en el PMO, la demandada debió prever el requerimiento por sus afiliados. Destacan que lo solicitado surge de las consultas con un centro de reproducción asistida con el que la demandada tiene convenio. Alegan que las prestaciones están incluidas en el PMO conforme el art. 8° del decreto 956/2013 que transcriben.

5. La materia objeto del recurso encuentra adecuada respuesta en el dictamen del Señor Fiscal General de fs. 129/142, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En consecuencia, corresponde revocar la resolución apelada, con costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la novedad de la cuestión involucrada (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal y art. 17 de la ley 16.986 aplicable en función del trámite asignado a fs. 57).

Así se decide.

En atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal se dejan sin efecto los honorarios regulados a la letrada patrocinante de los actores, Dra. Flavia Jaquelina Massenzio y, ponderando el mérito, la eficacia y extensión de los trabajos realizados y la naturaleza de la causa, se los fija en ... UMA —equivalentes a \$...— (arts. 16, 29, 48 y 51 de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/2022). Por los trabajos de Alzada, considerando análogas razones y el resultado del recurso, se regulan los honorarios de la Dra. Massenzio en ... UMA, equivalentes a la fecha a \$...—; art. 30 y cit. de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/2022. La Dra. Florencia Nallar no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese —también al Señor Fiscal General— y devuélvase. — Fernando A. Uriarte. — Juan Perozziello Vizier.