



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

“G., G. A. c/ SWISS MEDICAL S.A. s/amparo ley
16.986”, EXPTE. N° FSA 87/2015

(Juzgado Federal de Jujuy N° 2)

///ta, de octubre de 2015.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 83/88; y

CONSIDERANDO:

I. Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la impugnación deducida por la demandada en contra del pronunciamiento de fecha 22 de mayo de 2015 (fs. 74/80 y vta.) por el cual el Juez de la instancia anterior resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. G. A. G. y L. C. A. y, en su mérito, ordenó a la empresa demandada la autorización íntegra de los gastos correspondientes a tres tratamientos anuales mediante técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad 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 guarda de gametos o tejidos reproductivos según la



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, y el tratamiento de transferencia de los mismos en el centro médico y con el profesional actuante, con un máximo de cobertura de tres tratamientos anuales conforme lo dispuesto por la ley 26.862 y su decreto reglamentario de acuerdo a las pautas fijadas en la sentencia, en los considerandos VI y VII. Impuso las costas por su orden.

II. Al resolver el magistrado tuvo por verificados los presupuestos que hacen admisible la vía del amparo considerando que los actores han logrado demostrar su imposibilidad para concebir, lo que llevó al especialista que los asiste a indicar el tratamiento en cuestión como única alternativa para lograr el embarazo.

Respecto de la defensa planteada por la demandada en cuanto a que en autos existiría cosa juzgada sostuvo que la decisión recaída en el expediente B-256988/2011 tramitado ante la Cámara en lo Civil y Comercial, Sala III, de los Tribunales ordinarios de la Provincia de Jujuy, fue anterior a la sanción de la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida y de su decreto reglamentario N° 956/13, normas a las que ineludiblemente debe adecuarse la solución del caso. Añadió que, en tales condiciones, teniendo en cuenta el carácter obligatorio de las prestaciones mencionadas en el art. 8 de la citada ley y su inclusión en el PMO, ha sido superada la falta de previsión normativa existente al tiempo del dictado de la anterior sentencia.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Por lo demás, dijo que como la actora pide se condene a Swiss Medical S.A. a cubrir integralmente los tres tratamientos anuales de fertilización asistida de alta complejidad mediante la técnica ICSI (Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides) en el Centro SARESA de la Ciudad de Salta, como también se la condene a la criopreservación de embriones y el tratamiento de transferencia de los mismos en dicho centro médico, cabe darle la razón a la amparista en cuanto a que, no obstante tratarse de los mismos sujetos que en el anterior proceso, la causa de la demanda se funda en las disposiciones de la nueva normativa.

Sentado ello, y resaltando los puntos no controvertidos en autos, apuntó que lo que debe dirimirse es si la normativa limita o no esos tratamientos de alta complejidad al número de tres a lo largo de la relación contractual, concluyendo en que el texto del decreto N° 956/2013 reglamentario de la ley N° 26.862 refiere en conjunto a los tratamientos de baja y de alta complejidad sin ningún tipo de especificación, por lo que ha de inferirse que el único límite es el intervalo mínimo de tres meses entre uno y otro tratamiento, según lo que prescriba el médico tratante teniendo en cuenta la salud física y psíquica de la paciente.

De modo que, sostuvo el magistrado, si la ley no realiza ninguna especificación al respecto, al estar ambos tratamientos (alta y baja complejidad) incluidos en el mismo artículo, se deduce que merecen igual trato temporal (anual), pudiendo fijar un límite el médico en consideración a la salud física y psíquica del paciente. Además, entendió el juez que tanto las



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

cláusulas contractuales como las establecidas por la vía legal o reglamentaria deben ser siempre interpretadas *favor debitoris* que para el caso de cuestiones de salud, se traduce en la fórmula más abarcativa de *favor debilis* en el sentido de protección de la persona vulnerable.

Respecto a la petición de cobertura de los costos que demanda la criopreservación de embriones y el tratamiento de transferencia de los mismos en el centro médico citado y con el profesional tratante, destacó el magistrado que del art. 8 de la ley 26.862 se desprende que dentro de las técnicas de alta complejidad se encuentran, además de la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides y la *criopreservación* de ovocitos y de embriones. Por ello, dijo, conforme los términos expresos de la normativa y según fundado criterio médico frente a la patología que afecta a los accionantes y sin que ello implique poner en peligro la salud de la madre, corresponde hacer lugar a la petición de los actores con los alcances expuestos.

En relación a las costas las impuso por su orden atendiendo a la complejidad de la materia debatida, denegando la petición de que la sentencia sea publicada en el Diario El Tribuno de Jujuy por no advertir razones que justifiquen tal pedido.

III.- Que la obra social demandada expresó los agravios que la decisión anterior le provoca los que pueden sintetizarse en el hecho de que la sentencia no aplicó un límite temporal-cuantitativo a la condena de cobertura impuesta a su parte lo que, afirmó, hace presumir una condena *sine die* a su cargo que supone la reiteración ilimitada de tratamientos



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

en el tiempo, sin más límite que la circunstancia de que sean realizados cada tres meses, a razón de tres por año.

Sostuvo que en realidad el límite que surge de la ley es el de hasta tres tratamientos de alta complejidad durante toda la relación contractual, ya que, si la norma hubiese querido establecer que eran tres anuales, lo hubiese aclarado expresamente tal como lo hizo con los de baja complejidad.

Añadió que el hecho de que se haya fijado el límite en hasta tres intentos tiene fundamento médico científico ya que las técnicas de alta complejidad son altamente invasivas porque implican someter a la mujer a un shock hormonal; a un procedimiento anestésico para aspirar óvulos; formalizar in vitro la concepción del embrión para luego transferirlos, todo lo que no resulta inocuo para el cuerpo de la paciente. De ahí que, agregó, que es por ese motivo que la ley establece como procedimiento previo el intento de técnicas de baja complejidad.

Dijo entonces que el magistrado efectuó una interpretación errónea y que si la ley no aclara menos puede hacerlo el juez sin fundamentos que se sustenten más que en una mera opinión. Afirmó, en consecuencia, que corresponden tres intentos definitivos y no anuales, sintetizando jurisprudencia que avala esta postura.

IV.- Que a fs. 90/93 y vta. la amparista contestó el traslado que le fuera conferido solicitando el rechazo de los agravios esbozados



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

por su contraria, argumentando en esencia que el juez al resolver como lo hizo se limitó a aplicar la norma considerando la relación contractual que une a las partes. Así, dijo, mientras los amparistas sean afiliados a Swiss Medical es una obligación de esta última brindar los tratamientos de fertilización asistida que la ley manda y la sentencia atacada confirma, ya que integran el PMO y resultan, por ende, el piso prestacional obligatorio.

Añadió que la accionada pretende dar a la norma una interpretación distinta y aislada de la que surge de todo el texto y su decreto reglamentario, desinteresándose de los motivos que se tuvieron en cuenta para su dictado. Transcribe el texto del art. 8° tercer párrafo del Decreto N° 956/13 y sostiene que no refiere a tres tratamientos únicos durante el vínculo contractual de las partes, sino que continúa con la inteligencia de lo preceptuado en la primera oración, siendo que, para evitar redundancia, no reiteró el término “anuales” por haberlo ya dicho.

Analizó los términos de la sentencia puesta en crisis y los calificó de acertados, señalando que sostener el criterio esgrimido por la empresa demandada implicaría darle a la norma un alcance diferente al querido por el legislador cual fue el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida lo que equivaldría a caer en el absurdo de afirmar que luego de los tres tratamientos de alta complejidad brindados, solo se podría acceder a los de baja complejidad durante todo el tiempo que dure la afiliación, en un número de cuatro por año, aun cuando éstos sean ineficaces o, lo que es peor, los obligaría



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

a “saltar” de una obra social a otra, luego de obtener de cada una de ella los tres intentos permitidos.

En torno a la pretendida preocupación de Swiss Medical por la salud de la amparista, dijo que no es mas que un claro encubrimiento de su desinterés por la función social que tiene y una exacerbación de su finalidad puramente capitalista y económica.

Sin perjuicio de ello sostuvo que es el médico tratante la persona capacitada para indicar cuándo resulta oportuno dejar de practicar el tratamiento médico en cuestión.

Señaló que la empresa con el transcurso del proceso ya ha obtenido beneficios económicos pues se ha evitado proveerle tres tratamientos durante el año 2014.

V.- Que entrando al análisis del fondo de la cuestión planteada ha de repararse que los agravios de la recurrente refieren al alcance de la cobertura en cuanto al número de intentos de fertilización asistida de alta complejidad que cabe reconocer.

VI.

1. Que, como se anticipó, en el *sub examine* las partes efectúan una interpretación disimil de la letra del art. 8 del Decreto 956/13 por el cual se reglamenta la aplicación de la ley 26.862, norma ésta que dispone: “En los términos que marca la ley N° 26.862, una persona podrá



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.”

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.

2. Que, sentado lo anterior, cabe recordar, en primer término, que conforme constante doctrina del Alto Tribunal, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 315:790; 322:752 o 322:2321, entre muchos otros) y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254).

De igual modo, también se ha señalado que no resulta admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de su texto y que, cuando la norma no exige esfuerzo en su hermenéutica, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

circunstancias del caso expresamente contempladas por aquella (Fallos: 329:3470, sus citas y muchos otros).

Asimismo, la Corte Suprema ha precisado que las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y que cuando la ley emplea varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (Fallos: 304:1820; 314:1849; 328:456, entre otros).

Complementando los criterios precedentemente señalados, para el Alto Tribunal la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador jamás se presumen (Fallos: 312:1614, entre muchos otros) resultando además aplicable el standard de que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Fallos 304:226; 330:971 y 2304; 327:608, entre otros).

A su vez, una reiterada jurisprudencia ha señalado que el ordenamiento jurídico constituye un todo armónico, de modo que “en la tarea de investigar las leyes debe evitarse darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deja a todas con valor y efecto (Fallos: 1:300; 190:571; 194:371; 211:1628; 320:1962, sus citas; 322:1699 y muchos otros). Y, sobre tales bases, también se ha señalado que en la interpretación de las leyes debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

constitución Nacional (Fallos: 312:1484, entre muchos otros) ya que, “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos: 308:1118; 322:752 y muchos otros).

3. Que, bajo el prisma -para seguir la conocida expresión de Savigny- de ese haz de “elementos” de exégesis de las leyes que deben considerarse de modo conjunto y armónico, se examinará la cuestión controvertida, en primer lugar, desde la perspectiva de la exégesis gramatical.

Al respecto, como se anticipó, la norma bajo estudio establece que se podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales (respecto de las técnicas de baja complejidad) y hasta tres (3) tratamientos (relativos a las de alta complejidad). En este último caso, la única referencia que hace el legislador es que deberá haber intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de dichos tratamientos.

Así las cosas, de lo recién expuesto surge 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



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

transcripto, únicamente aludió al término “hasta” para referir al número de intentos.

En efecto; tal y como reza la elemental y privilegiada consulta semántica al Diccionario de la Real Academia Española, “máximo” refiere al “límite superior o extremo al que puede llegar algo” y “anuales” denota lo “que sucede o se repite cada año”. Es decir, ese número límite o extremo (en el caso cuatro (4)) se reitera en cada período anual. Por su parte, la preposición “hasta” denota “el término de tiempo, lugares, acciones o cantidades” (énfasis añadido), por lo que, en la situación bajo análisis, conforme el empleo de esta preposición, la cantidad de intentos de alta complejidad a realizar de acuerdo con la norma *sub discussio* se agota una vez cumplidos tres (3) (confr. 22° edición <http://www.rae.es/recursos/diccionarios>).

Bajo tales premisas, resulta lógico sostener que si se hubiera querido equiparar la cobertura de ambos tratamientos (baja y alta complejidad) se habría establecido que se podrá acceder a “un máximo por año de cuatro tratamientos de baja complejidad y de tres de alta complejidad, con la salvedad respecto de estos últimos de que habrán de haber intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos”, lo que, evidentemente, no ha sucedido.

En este sentido, a semejante conclusión arriba la Cam. Fed. Apel. de Rosario, Sala A, en autos “S.B.G. y otro c/OSDE y otro s/leyes especiales” del 22/12/2014 (Cita: MJ-JU-M-92040-AR / MJJ92040), voto de los jueces Carlos F. Carrillo y Liliana Arribillaga, cuando señala que



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

“La letra de la norma -decreto 956/13- es clara cuando al referirse concretamente a los tratamientos de alta complejidad los fija en el número de tres sin especificar que sea en forma anual (al contrario de lo que expresa sobre los de menor complejidad); vale decir entonces que está poniendo expresamente un límite a la cobertura de los más complejos”.

Y, en concordancia con la interpretación de la norma arriba expuesta, Marisa Herrera y Eleonora Lamm al analizar la reglamentación del sistema señalan que “una de las cuestiones esenciales en materia de cobertura médica sobre la cual debía avanzar la reglamentación es en torno a la cantidad de procedimientos/tratamientos a ser cubiertos” apuntando que la norma estableció esas limitaciones en materia de cobertura para evitar así “caer en la difícil situación de fijar una edad máxima que, como es sabido, versiones anteriores al texto final la establecían en los 45 años” (confr. dichas autoras, “Cobertura Médica de las Técnicas de Reproducción Asistida – Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL 2013-D- 1037).

4. Que, de igual modo, corresponde señalar que a análoga conclusión se arriba si se tiene presente la exégesis sistemática de la ley bajo examen y del decreto en cuyo marco se inscribe el art. 8 objeto de controversia.

Adviértase, por de pronto, que la ley, tras definir que se entiende por reproducción médicamente asistida “a los procedimientos y



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”, precisa (confr. Decreto 956/2013 considerandos 1, 4 y 5) que la norma se fundamenta en la decisión del legislador de 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, como expresan las ya citadas especialistas Herrera y Lamm, a criterios basados en la franja etaria de aquellas, tal y como se había previsto -según estas últimas- en versiones anteriores al texto final.

A su vez, tras disponer que estas técnicas quedan incluidas en el PMO (confr. especialmente arts. 7 y 8, 1° y 2° párrafo de la ley y art. 8, 1° párrafo del Decreto), tanto el art. 8, 1° párrafo, de la ley como su símil del decreto disponen que resultan obligados a brindar las técnicas previstas por la norma todos los agentes del ámbito de la salud que brindan servicios médico-asistenciales.

Sobre tales bases, el párrafo 2do. del artículo 8° del decreto dispone que el sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea cobertura de salud, para lo cual el art. 9 de la ley y su correlativo del decreto dispone, al cabo de un debate legislativo no menos diáfano y significativo sobre el que se volverá más abajo, que en orden a “garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Salud de la Nación deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria”.

Asimismo, luego de enumerar las técnicas que la Organización Mundial de la Salud considera como de reproducción médicamente asistida (art. 8° de la ley), el art. 2° del Decreto distingue entre las que reputa de “baja” y de “alta” complejidad, procediendo a definir las y a identificar los procedimientos que caracterizan cada una de ellas.

Bajo ese marco -y en lo que aquí específicamente interesa- el art. 8° del Decreto (3er. Párrafo) establece el distingo objeto de controversia, cuyo alcance semántico ya ha sido examinado, en tanto que el siguiente párrafo disciplina el *iter* que deberá seguirse respecto de dichas técnicas, disponiendo, como principio, que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad “en un número mínimo de tres”, como “requisito previo al uso de técnicas de mayor complejidad”, salvo que “causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”.

Se trata, pues, de un sistema que no parece librado al azar sino que, por el contrario, ha regulado con precisión los diversos aspectos que involucran las técnicas bajo estudio y en el que la distinción en crisis exhibe plena lógica pues engarza adecuadamente -como se verá- con la encomienda dada por el legislador, lo cual se completa con el protocolo que brinda el citado párrafo 4° respecto del modo de acceso a las técnicas establecidas.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

5. Que, en efecto, del referido debate surge que se adoptó un criterio sumamente amplio acerca de la efectiva prestación de la presente materia. Así, la diputada Larraburu (confr. Cámara de Diputados de la Nación, Orden del día N° 2.031, “En consideración el dictamen de mayoría de las comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General y de Presupuesto y Hacienda, por el que se aceptan las modificaciones introducidas por el Honorable Senado en el proyecto de ley”, pág. 51) pone de resalto que la “ley en debate permite ampliar derechos esenciales para las familias de nuestro país”, siendo “un dato no menor (...) la consagración de derechos respecto de la diversidad (...) es que no se imponen requisitos ni limitaciones debido a la orientación sexual o estado civil de los beneficiarios”, temperamento análogo al expuesto en las intervenciones de la diputada Iturraspe (*ibid*, pág. 69) y del diputado Riestra (*ibid*, pág. 72).

Sin embargo, también quedó explicitado -con igualmente pareja claridad que el anterior criterio recién transcrito- 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.

Así, la diputada Bullrich (*ibid*, pág. 91), sostuvo que “Es fundamental que esta esperanza pueda llegar a la realidad de todas las familias. Para ello, los sistemas público y privado de todas las obras sociales deben estar a la altura de estas circunstancias. Con seguridad algunas



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

necesitarán ayuda, por lo cual se entiende que es muy importante que esto tenga una partida presupuestaria”. De igual modo, el diputado Fiad (*ibid*, pág. 61) manifestó que “lo que me preocupa es una consagración irreflexiva de la cobertura ya que puede generar falsas expectativas y comprometer el derecho de otros. La ley debe gestionarse en un camino que permita la ampliación de derechos, pero que no afecte ni comprometa en su aplicación la salud de otros”. A su vez, en el orden del día 469 de la Cámara baja el diputado Cardelli (pág. 44) manifestó su preocupación por “la poca referencia a la financiación de estas técnicas”, criterio análogo al del diputado Solá (*ibid*, pág. 50). Por su parte el Diputado Triaca (*ibid*, pág. 28) -en idea análoga a la del diputado Linares (*ibid*, pág. 36)- expresó “este debate es muy importante pero requiere de mayor profundidad ya que involucra el rol que debe tener el Estado y requiere de un orden de prioridades porque estamos hablando de recursos altamente onerosos para el conjunto de aportantes a los sistemas de seguridad social”. En sentido análogo, la diputada Storani (*ibid*, pág. 32), consideró que “a través del Ministerio de Salud, pretendemos hacer convenios con los centros asistenciales y los hospitales provinciales para que las prácticas se puedan llevar adelante”, en tanto que la diputada Chieno (*ibid*, pag. 22) señaló que “a través de este artículo también queda expresada la incorporación de estas técnicas al PMO, quedando establecido que será el Ministerio de Salud, como órgano de aplicación, quien determinará la cantidad, frecuencia y criterios en general con que se dará cobertura dentro del PMO”.

A su turno, la diputada Ocaña (pág. 52) remarcó la necesidad de discutir el financiamiento porque “no incluye ninguno específico



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

para el sector público. Temo que se estén constituyendo dos estándares: uno para aquellos que tienen cobertura de obra social o prepaga, que van a estar obligados a dar estos tratamientos, y otro para quienes carecen de cobertura. Por eso creo que habrá que trabajar en la reglamentación (...) y para que los hospitales públicos del país puedan tener servicios para estas prácticas. Espero que la reglamentación tenga en cuenta esta recomendación”.

En razón de estas consideraciones en la Cámara Alta se propuso el agregado relativo a la intervención del Ministerio de Salud -art. 6 de la ley- (confr., al respecto, Cámara de Senadores de la Nación, Sesión Ordinaria del 24/04/2013) insistiéndose en la necesidad de que la reglamentación zanjara lo relativo a la satisfacción de las prácticas bajo análisis atento su costo. Así, el senador Linares expresó que “estoy seguro que la reglamentación resolverá algunos temas. Por ejemplo la cuestión presupuestaria, para cuando esta ley esté instrumentada, seguramente podrá ser contemplada en los ejercicios futuros” (pág. 40). De igual modo el senador Fernández apuntó que “el art. 126 del Reglamento requiere que aquello que significa un gasto tenga una definición específicamente en términos presupuestarios” (págs. 41; 45 y 46), criterio secundado por el senador Basualdo (pág. 43) para quien “tendremos que reglamentar bien la ley. Pero es importantísimo el paso que estamos dando hoy porque se da la posibilidad que todos puedan tener accesos a estos procedimientos a través de las obras sociales, de los hospitales, previendo un presupuesto, porque si no sería una fantasía”. Asimismo, el senador Lores (pág. 49) expresó que “algunas de las cuestiones (...) que se están planteando para devolver esto a la Cámara de



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Diputados pueden ser salvadas en la reglamentación. Por ejemplo arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente. Evidentemente, una vez sancionada la ley, el Ministerio tiene que adecuar las medidas necesarias para asegurarlo. Y tendrá que hacerlo con la reglamentación de la ley y con la creación de algún programa que le permita ejecutar lo que se establece en este proyecto de ley”.

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.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Desde esta lógica resulta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema que tanto ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, cuanto que tales derechos de raigambre constitucional no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) a fin de asegurar el bienestar general (Preámbulo), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

Es lo que, a partir de una conjunta creación tanto jurisprudencial, en especial del Alto Tribunal, como doctrinaria (confr., entre otros, Linares, J.F. “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina”, Astrea, Buenos Aires, 1989; Cianciardo, Juan, “El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, Ábaco, Buenos Aires, 2004 y, para el derecho comparado, paradigmáticamente, Alexy, Robert “Sistema Jurídico, Principios y razón práctica” Doxa, 5, 1988, pp.139-151) se conoce como control de razonabilidad de las leyes, el que constituye un principio general de derecho con fundamento en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional que se orienta a limitar la discrecionalidad administrativa verificando, como ha dicho



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

la jurisprudencia, además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y ausencia de inequidad manifiesta, la existencia de “circunstancias justificantes”, es decir, que “la restricción impuesta a los derechos ha de hallarse fundada en los hechos que le dan origen, procurando que las normas aplicables mantengan coherencia con las reglas constitucionales, de suerte que, su aplicación, no resulte contradictoria con lo establecido por la ley fundamental” (SCJ de la Provincia de Buenos Aires, “Hernández, Alicia Esther y otros c/Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/Demanda Contencioso administrativa”, sentencia del 31/03/04 –SAIJ Sumario B0091095).

Por ello, se añade, el control de razonabilidad surge cuando las restricciones no tienen relación o no son proporcionadas con sus fines aparentes, y se han desconocido, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales. En efecto; “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” (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).



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Pues bien; 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.

6. Que, de igual modo, en abono de lo recién expuesto, cabe poderar que el distingo plasmado en el artículo bajo examen refleja un temperamento que ya había sido adoptado por la legislación provincial que precedió a la sanción del Decreto 956, tal y como puede advertirse de la lectura de diversas disposiciones, algunas de las cuales resultan, incluso, más restrictivas que el régimen diseñado por el artículo cuya inteligencia se cuestiona.

Así, la ley de la Provincia de Buenos Aires 14.208 y su decreto reglamentario N° 2980/10 (Poder Ejecutivo Provincial) establecen que accederán a estas prácticas quienes tengan dos años de residencia en la provincia, limitándolas a mujeres de entre 30 y 40 años y brindando prioridad a las parejas sin hijos, quienes podrán acceder a un tratamiento de alta complejidad por año hasta un máximo de 2 (confr. Anexo único del Decreto N° 2980/2010, art. 4).

A su vez, la Resolución N° 8538/10 de la Dirección General de Prestaciones del Instituto Obra Médico Asistencial –IOMA- de la Provincia de Buenos Aires -con sustento en la citada ley 14.208 y su decreto reglamentario N° 2980 que obliga a la referida obra social a incorporar dentro



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

de sus prestaciones la cobertura médico integral en fertilización asistida para sus afiliados-, añade a las limitaciones de aquellas normas el tope de dos tratamientos de alta complejidad y en la cantidad de uno por año, reservándose a consideración del Directorio de IOMA un tercer intento, conforme surge del Anexo 2.B “Módulos Prestacionales”.

Por su parte, la ley N° 9695 modificatoria de la N° 9277 de creación de la Administración Provincial del Seguro de Salud de la Provincia de Córdoba establece la incorporación, como inc. “n” del art. 12, la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida. Así, la Resolución 0178/09 de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) del 21/12/09 dictada como consecuencia de la mentada ley dispone las condiciones de cobertura en su Anexo único -apartado 16. A.- entre las que se mencionan: 1) parejas convivientes (...); 2) ambos integrantes de la pareja deben ser afiliados al APROSS; 3) los dos miembros de la pareja deben estar vivos, dar su consentimiento y ser mayores de edad; 4) las indicaciones en mujeres mayores de 37 años y hasta 41 serán evaluadas por un comité (...).

Asimismo, la Resolución 450/09 del Directorio del Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) de la Provincia de La Pampa incorpora la cobertura de la fecundación asistida bajo el código 22.03 de acuerdo al Anexo que forma parte de dicha resolución en el que se establecen las condiciones de acceso a las prácticas en el apartado A), puntos “1” a “6”, reconociéndose hasta tres intentos para cónyuges o pareja en unión de hecho, que no posean descendencia biológica o adoptiva, con límite de edad según sea



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

hombre (50 años) o mujer (42), debiendo acreditar ante la obra social dichos requisitos.

A su vez, la resolución N° 157/13 del Directorio de la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) de la Provincia de Mendoza, dispone que el “Programa de Fertilización Asistida” dependerá exclusivamente del Hospital Pediátrico Alexander Fleming, conforma un equipo de profesionales a cargo del área y disciplina los requisitos para las parejas que deseen acceder a dichas prácticas tales como estar casados legalmente o en pareja de hecho por más de cinco años, fijar la edad mínima para las mujeres afiliadas en la mayoría de edad y como máxima la de 40 años cumplidos al momento de iniciar el pedido (art. 5). Y, en el Anexo I de dicha resolución, se establecen las precisiones acerca de las Técnicas de Alta Complejidad, autorizándose tres intentos como máximo; fijando un tope de hasta la suma de \$ 18.000 por tratamiento; estableciendo diferentes porcentajes de cobertura según sea el primer intento (100%), segundo (75%) y tercero (50%) (apartado A del Anexo) y disponiendo cupos de parejas -dos como máximo por mes y veinte como máximo por año- acordándose una lista de espera con prioridades para los casos de urgencias (Aparado D).

Finalmente, la muy reciente ley 2954 de la Provincia de Neuquén (sancionada el 13/08/15, es decir, ya con posterioridad a la ley y decreto bajo análisis) dispone categóricamente (art. 6°) que “en los procedimientos y técnica médico-asistenciales de TRA, se debe tener en cuenta lo siguiente: b) En los tratamientos de alta complejidad, se cubre hasta un



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

máximo de tres (3) ciclos con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno. A efectos de realizar las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, se debe como requisito previo, cumplir como mínimo, con tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad. La Comisión Provincial de Fertilización Médicamente Asistida determina en qué situaciones debe considerarse el inicio de técnicas de alta complejidad, y las condiciones excepcionales de cada persona, analizando -sobre la base de evidencias científicas- aquellos casos excluidos de la presente norma”.

7. Que en línea con cuanto aquí se viene señalando, incluso con anterioridad a la reglamentación bajo examen, la jurisprudencia entendió que “habida cuenta la naturaleza de la prestación de fertilización asistida, el reconocimiento de un número ilimitado de intentos no resulta compatible con un criterio de razonabilidad exigible a los magistrados frente a la ausencia de reglamentación” (CNFed. Civ.y Com., sala I, “S.M.R. y otro c/Universidad de Buenos Aires s/amparo” del 12/7/2013 y su cita –Fuente: Microjuris -21/10/2013-).

Y, de modo semejante, se ha señalado que no establecer una limitación en el número de tratamientos a cubrir importaría una condena incierta a la demandada (Mito de Sísifo) no apareciendo razonable condenar a la obra social a realizar tantos intentos como sean necesarios hasta lograr el embarazo (Juzgado de Instrucción en transición de segunda nominación – Justicia de la Provincia de Salta en autos “A.D.L. c/Obra Social del Instituto Provincial de Salud de Salta (IPSS)” del 27/6/2013 Cita: MJ-JU-



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

M-80105-AR /MJJ80105 –microjuris.com.argentina – firme conforme sentencia Corte de la Provincia de Salta de fecha 14/05/2015, Tomo 188:335/346).

Sobre tales bases, existiendo en la actualidad una reglamentación que establece un criterio que, como se señaló -además de su claridad semántica y de su lógica al interior del sistema previsto por la ley a partir de la encomienda que surge del debate legislativo que la originó-, no emerge como original y, menos, como absurdo, sino que engarza con las respuestas legislativas y jurisprudenciales que precedieron a su sanción (ampliando incluso algunos de sus alcances), no resulta atendible la propiciada por la parte actora por lo que corresponderá acoger el agravio de la demandada.

Es que, como ha reflexionado la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata con fina profundidad frente a una materia de inocultable sensibilidad en tanto conecta, nada menos, que con la relevante posibilidad de alumbrar vida humana, “otorgar la provisión de prácticas hasta lograr el efectivo embarazo podría colocarnos ante un imperativo obligacional de imposible cumplimiento toda vez que el derecho no podrá garantizarle a la actora su anhelo de ser madre pues ello es un tarea reservada a la ciencia médica y a los designios misteriosos que encierra la existencia humana”; añadiéndose en orden a la limitación a tres intentos, que ello no implica una limitación del derecho a la salud sino que “se visualiza más en la preservación de la salud psicológica de la accionante y su pareja pues es conocido que la infertilidad es una condición médica que tiene muchas repercusiones para las



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

parejas y que, en la mayoría de los casos trae aparejado sufrimientos y trastornos psicofísicos” (confr. Cam.Fed.Apel. Mar del Plata, T° CLXIX F° 20.328 publicado en: <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html> - “O.V.M. y otros c/OSPE s/Amparo” del 13/3/2014 y sus citas).

A mayor abundamiento, corresponde puntualizar que en sentido coincidente al que aquí se resuelve se pronunciaron, además de los pronunciamientos citados a lo largo de esta decisión, entre otros, los siguiente tribunales: Corte de Justicia de Salta en “M.R.V.; D.M. de las M c/Obra social de la Universidad de Salta s/amparo” - del 12/09/2014 – tomo 192:331/342 (Cita: MJ-JU-M 89135 AR y MJJ89135); CamNacApel en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “M.F.M.A. y otro c/Bristol Medicine S.R.L. s/Sumarísimo”, del 22/10/2013; Cam.Civ. y Com. Fed., Sala III “F.S.E. y otro c/Docthos de Swiss Medical s/Sumarísimo” del 4/2/2014; Cámara Federal de Bahía Blanca –citado por Dieguez, Jorge Alberto, La Ley 4/5/15 – AR/DOC/4670/14.

VII. De manera que, 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) se concluye que la demandada ha dado cumplimiento a la obligación



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

de cobertura impuesta por la ley 26.862 y su Decreto reglamentario N° 956/2013.

VIII. Que, por último, en cuanto a la costas, corresponde imponerlas por el orden causado atento a la complejidad y novedad del tema (art. 68, 2do. párrafo, CPCyCN).

Por lo que, se

RESUELVE:

I) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 83/88 y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia del 22 de mayo de 2015 (fs. 74/80 y vta.).

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

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

El Dr. Jorge Luis Villada se encuentra excusado de intervenir (fs. 95).

ac



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Fecha de firma: 15/10/2015

Firmado por: LUIS RENATO RABBI BALDI CABANILLAS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ERNESTO SOLA , JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA INES DE SIMONE, SECRETARIA DE CAMARA