



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Expte: 251.412

Fojas: 76

EXPTE. Nº 251.412 “ARANGO LORENA CECILIA C/ OSEP (OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS) P/ ACCIÓN DE AMPARO”

Mendoza, 29 de septiembre de 2015

Y VISTOS: Estos autos arriba intitulados, llamados para resolver a fs.57 de los que;

RESULTA:

I. Que a fs. 10/14 se presenta de Dr. Marcos González Landa por la señorita Lorena Cecilia Arango, conforme escrito ratificatorio que acompaña (fs.15) , e interpone acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) a fin de que por intermedio del presente remedio, se le reconozca el derecho constitucional a la salud, consagrado por el art 42 de la Constitución Nacional y consecuentemente ordene a la OSEP otorgar cobertura total e integral de la FERTILIZACION IN VITRO con esperma donación, de conformidad con lo prescripto por la ley 26.862 y su decreto reglamentario.

En el capítulo de los hechos relata que la actora conforme la Historia Clínica del Dr. Luciano Sabatini padece de infertilidad secundaria debido a la edad y la disminución de reserva ovárica, indica realizar fertilización in vitro con esperma donación.

Señala que atento los informes de la historia clínica, realizó las pertinentes presentaciones ante la OSEP, mediante nota de fecha 15 de julio de 2015, que transcribe, sin haber obtenido una respuesta hasta el momento.

Detalla las nociones sobre la patología de infertilidad y los tratamientos de la infertilidad femenina.

Destaca que la actora por su infertilidad debe someterse a un tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad (fecundación in vitro con esperma donación).

Cita jurisprudencia avalatoria.

En cuanto a los fundamentos del amparo, entiende que toda vez que la actora debe someterse a un tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad, ya que la fertilidad es una patología, debe ser tratada y cubierta por la demandada, ya que la negativa de cobertura vulnera el derecho constitucional a la salud y el derecho a la procreación de su representada.

Entiende en la causa se encuentran cumplidos todos los requisitos hacen a la viabilidad del amparo interpuesto.

Hace reserva del Caso Federal

Funda en derecho y ofrece pruebas.

II. A fs.17 se admite la competencia del Tribunal, ordenándose requerir el informe circunstanciado correspondiente.

III. A fs. 36/47, se presenta la Dra. Patricia A Galve, por la Obra Social de Empleados Públicos, conforme Poder General para Juicios que en copia acompaña, presentando el informe requerido.

Previo relato de los antecedentes del caso, y una negativa general y particular de los hechos expuestos en la demanda, señala que OSEP como persona autárquica y dentro de su potestad reglamentaria ha dictado la Resolución n° 157/2013 de Fertilidad Asistida, la cual contempla el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad petitionado en autos, así como modalidades de cobertura, criterios de inclusión, etc.

Señala que la OSEP no se encuentra comprendida dentro de los términos de la ley nacional 26682 y su Decreto Reglamentario.

Que dicha ley no obliga a las provincias a su adhesión sólo aconsejan.

Agrega, que la provincia de Mendoza no se encuentra adherida a la Ley Nacional 26682, por consecuencia, no se le puede exigir a la provincia ni a OSEP la cobertura conforme lo dispone la normativa nacional.

Cita jurisprudencia avalatoria

Expresa tampoco surge un peligro inminente o actual que determine un daño irreparable, toda vez que debería haber agotado la vía administrativa para exigir la cobertura solicitada y más cuando el tratamiento que solicita tiene plazos de tratamientos y espera que hubieran permitido resolver la cuestión por otra vía más idónea.

Agrega, que la Reglamentación a la ley prevé la esperma donación para lo cual deben cumplir con lo dispuesto por el art. 4° y 8° de la reglamentación, lo cual no ha acreditado la amparista, lo que motiva el rechazo de la cobertura

Que en el caso, conforme la normativa citada, la Obra Social demandada no puede cubrir la prestación solicitada, sin que previamente la amparista no acredite fielmente la inscripción del establecimiento en la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud y su respectiva autorización y categorización del mismo y que esa autorización provenga de institutos debidamente inscriptos en el ReFES.

Que así la amparista exige el cumplimiento de la ley 26682 y por ello la Obra Social debe asegurarse la esperma donación, provenga de institutos se-



18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA

rios, que cumplen con toda la normativa impuesta por el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de regulación Sanitaria y calidad en servicios en salud.

Aduce que se opone al progreso de la acción de amparo intentada en cuanto no reúne los requisitos y presupuestos exigidos por la ley para su procedencia tanto en su admisión formal como sustancial.

Señala que el amparo tiene carácter restrictivo, subsidiario y de excepción.

Aduce no existe en el caso ilegalidad ni arbitrariedad en el proceder de OSEP.

Que su parte, dentro de la potestad reglamentaria ha dictado la Resolución 157/2013 de Fertilidad Asistida, la que contempla el tratamiento de fertilización asistida de Alta Complejidad in vitro y los procedimientos asociados, entre ellos el ICSI.

Insiste, no existe un acto administrativo en cuya virtud OSEP le haya negado a la actora la práctica solicitada. Por lo que la vía intentada resulta improcedente.

Cita jurisprudencia avalatoria.

En subsidio, para el caso que se haga lugar al reclamo de la amparista que solicita cobertura de FIV con esperma donación, debiendo en tal sentido darse cumplimiento a lo dispuesto por la Reglamentación en estos aspectos y acreditar medicamente tal necesidad y circunstancia.

Aclara, se tenga en cuenta que la amparista que solicita la cobertura FIV y no ICSI, por lo que la sentencia no puede otorgar esta última, pues de lo contrario se vería afectado su derecho de defensa

Solicita que la prestación se autorice a través del prestadores que OSEP reglamente y contrate conforme la Carta Orgánica de la misma (que tenga la complejidad requerida) y bajo la supervisión y control de la Dra Aída Pino Arias Coordinadora del Programa de Fertilidad Asistida de OSEP y en cuanto a medicación, que sea provista a través de planes de cobertura implementado por OSEP, así como todos los estudios que se requieran, conforme lo dispuesto en la Resolución 157/2013.

En cuanto al donante, señala que debe estarse a lo dispuesto por el Código civil en cuanto a los datos que puedan afectar al futuro bebé y en cuanto al destino de los gametos masculinos que deban expedirse sobre la responsabilidad de los mismos, lo cual debe recaer sobre el centro asistencial que realice la práctica, no siendo responsable OSEP del origen y destino de los mismos.

Que así mismo en caso de no lograr el objetivo en un tiempo prudencial que se determine, se constituya Junta Médica especial al efecto, respecto a la continuidad o no del tratamiento en el caso concreto.

Solicita las costas sean impuestas en el orden causado, fundamentalmente porque la actora eligió esta vía sin haber utilizado vías paralelas en especial la administrativa.

Cita jurisprudencia avalatoria.

Ofrece prueba y funda en derecho.

Hace reserva del Caso Federal.

IV. Que a fs. 51 comparece el Dr. Pedro García Espetxe, y toma intervención Fiscalía de Estado, quien expresa que en el cumplimiento de sus obligaciones de contralor de la legalidad y custodio del patrimonio fiscal, se limitará al estado de cosas descrito en la contestación formulada por el municipio demandado.

V. Que a fs.54 se admiten las pruebas ofrecidas y se ordena su sustanciación.

VI. A fs.57 se llaman autos para resolver;

Y CONSIDERANDO:

I. Presupuestos de la acción de amparo.

El art. 43 de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1.994, establece que “toda 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”.

La ilegalidad supone algo contrario a la ley y, por tanto, ilícito. Pero tal ilegalidad puede ser manifiesta, ostensible, indudable, o bien ser producto de una interpretación equívoca, de ostensible error, irracional, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales dicha ilegalidad asume la forma de arbitrariedad (Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Presupuestos del proceso de amparo” en Revista de Derecho Procesal, nº 4, Amparo Hábeas Data Hábeas Corpus, I, Rubinzal - Culzoni Ed., Santa Fe, 2000, pág. 63).

En el ámbito provincial, la acción de amparo se encuentra regulada por el Decreto Ley 2589/75, modificado por Ley 6504/97, que en su art. 1º dispone que: “Podrá interponerse acción de amparo en contra de todo hecho, acción u omisión emanado de órganos o agentes de la Administración Pública Provincial o municipal o de personas físicas o jurídicas particulares que, en forma actual o inminente y con ostensible arbitrariedad o ilegalidad, altere, amenace, lesione,



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

restrinja o de cualquier modo impida el normal ejercicio de los derechos expresa o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional o Provincial, un tratado o una ley, con exclusión del derecho a la libertad física”.

Las condiciones de procedencia de la acción de amparo son las siguientes: **a) violación o amenaza**, por acto u omisión de autoridad pública o personas físicas o jurídicas particulares **en forma actual o inminente, de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido** por la Constitución Nacional o Provincial, un tratado o una ley con exclusión de la libertad física; **b) arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo**; **3) inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos judiciales comunes** (art. 1 dec. ley 2589 mod. ley 6504 y art. 43 de la C.N.).

Tiene dicho la jurisprudencia que:” Si bien la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de amplio debate y prueba, no por ello puede calificarse al amparo como herramienta excepcional. Por el contrario, toda vez que esta acción constituye una garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio, resultando admisible siempre que el proceder impugnado reúna las características y efectos aludidos en los textos constitucionales, esto es, respectivamente, ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y lesión o amenaza de los derechos o garantías objeto de protección” (v. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fecha: 12-abr-2002 Cita: MJ-JU-E-5588-AR | EDJ5588 | EDJ5588).

A lo dicho cabe agregar, que en el presenta caso estamos ante un supuesto de los llamados “**amparos salutíferos**”, a los cuales la doctrina y jurisprudencia le han reconocido notas propias, que hacen fundamentalmente a la necesidad de una mayor amplitud a la hora de considerar los requisitos formales de la procedencia de la vía intentada.

Es sabido que desde la reforma constitucional en el año 1994, tutelan el derecho a la salud: los arts. 33, 41 y 42 Cons. Nac.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 12; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer: arts. 11.1.f, 11.2, 12, 14.2.b.; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Racial: art. 5.e.iv.; el derecho a la integridad corporal: arts. 18 y 33 Cons. Nac.; Convención Americana sobre los Derechos Humanos: art. 5.1.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 7º y 10.1; Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, XLVI-B, 1107; XLIV-B, 1250; XLV-B, 1088; XXVIII-B, 1832).

Este bloque constitucional produjo en forma gradual y progresiva un impacto en los procesos de amparos, consolidándose en forma pretoriana a partir de la línea jurisprudencial que fue marcando nuestro Máximo Tribunal, la rama de los "amparos salud", llamados así por la naturaleza de la pretensión —que involucra actos u omisiones del Estado Nacional, Autoridades Locales, Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepaga y Asociaciones Mutuales que restringen, alteran u amenazan el derecho a la salud, la vida y la integridad psicofísica de la personas.

Como sabemos, un obstáculo formal para la acción de amparo, radica en la verificación de las condiciones de admisibilidad e idoneidad de la vía, cuestión que guarda relación directa con el debate doctrinario referido a si tiene o no carácter subsidiario.

Sobre este tópico, la doctrina de la Corte sin decirlo fue perfilando la creación de esta rama; al escindir los amparos de salud del resto de pretensiones encauzadas por esta vía, atenuando las condiciones de admisibilidad para el caso específicos de los amparos salud, incidida por la gravitación y trascendencia de los valores en juego, y en esta carga axiológica, el derecho a la salud ocupa un sitio preeminente. (ver CS, 15/03/00 López, Miguel E. v. Prov. de Buenos Aires y Estado Nac. s/ Amparo".

En base a los principios expuestos analizaré la procedencia formal y sustancial del amparo incoado en la causa.

II. La admisión formal del amparo en el caso.

En autos, la demandada discute la oportunidad (plazo) de la acción intentada, así como la falta de idoneidad de la vía utilizada (amparo) para la defensa de sus derechos.

En el primer caso (extemporaneidad), señala que la actora no ha iniciado expediente administrativo alguno ante la OSEP, a fin de ser analizada la situación de la amparista para decidir su incorporación dentro del Programa de Fertilización Asistida que aquéllas tiene implementado, limitándose a presentar una nota en fecha 08/04/2015, solicitando la cobertura del tratamiento de Fertilidad Asistida por Técnica ICSI, para luego interponer la presenta acción en 20/04/2015, sin esperar que el Honorable Directorio de OSEP se expidiera al respecto.



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Agrega, que conforme la ley de procedimientos Administrativos (LEY 3909 - art. 160) fija un plazo de 20 días hábiles a los fines de las decisiones de fondo. Plazo que se inicia cuando las actuaciones se encuentren en estado de ser resueltas, en el caso, por el Directorio de OSEP.

Entiende que el emplazamiento no era el medio para intempestivamente exigir a la entidad pública o semipública una respuesta.

Adelanto que el argumento invocado, resulta improcedente.

En primer término, tengo en cuenta que en el caso, el amparo fue interpuesto antes que se cumplieran los diez día corridos fijados por el art. 13 de la ley de amparo, contados a partir del día que el afectado toma conocimiento del acto que estima violatoria a sus derechos.

En efecto la accionante presentó su nota ante la OSEP en fecha 14/07/2015 (agregada en copia a fs.7), emplazando a la Obra Social en el plazo perentorio e improrrogable de 10 días hábiles de recibida la intimación, le informen en forma fehaciente si darán o no cobertura total e integral al tratamiento de fertilización in vitro con espermodonación, a ser realizado por su médico tratante Dr. Luciano Sabatini, de acuerdo con lo normado por la ley 26862 y el decreto reglamentario n° 956/2013. Adjunta a la nota la historia clínica de la paciente. Vencido el mismo, y atento la falta de contestación de la demandada, antes del vencimiento del plazo legal (10 día corridos) interpuso la presente acción en fecha 29 de julio de 2015, conforme cargo de fs. 16)

Por otra parte, como lo tiene dicho la jurisprudencia local, en un antecedente que guarda analogía con estos obrados:” si bien es cierto que en virtud de lo dispuesto por el artículo 919 del Código Civil, no recaía sobre la entidad demandada obligación alguna de expedirse por sí o no a tal requerimiento, pero no es menos cierto y no por ello no puede dejar tenerse presente aquí, que es un hecho de público y notorio conocimiento (basta a tal fin leer los fallos recientes donde se debate la misma cuestión) que la obra social se ha negado rotundamente a cubrir este tipo de tratamiento. (Cfme. CC5° - Expte. N° N° 14.443 caratulados “Funes, Silvia Anahí c/ Obra Social de Empleados Públicos p/ Acción de Amparo” (05/Marzo/2013).

Por lo expuesto, la acción incoada en la causa luce temporáneamente articulada.

III. La idoneidad de la vía elegida.

En su responde la obra social demandada (OSEP) expresa que la acción de amparo no es la vía idónea atento a que la amparista no ha agotado las vía administrativa, por cuanto existen vía paralelas que el afiliado, conforme la

Carta Orgánica de la misma, debe previamente agotar y por último, en cuanto no existe un acto administrativo de la demandada que pueda ser calificado de arbitrario o ilegal de modo manifiesto y por ello resulte lesivo a los derechos de la amparista.

Cita como precedente el caso “Berridy Maximiliano”.

Como se verá, no le asiste razón a la demandada en su planteo.

Mediante la presente acción la actora pretende se ordene a la obra social a la que se encuentra afiliada (OSEP), otorgar cobertura total e integral de la FERTILIZACIÓN IN VITRO CON ESPERMODONACIÓN, que debe realizarse por padecer infertilidad secundaria debido a la edad de la paciente y la disminución de reserva ovárica.

Como punto de partida, recuerdo que el precedente “Berridy” citado en apoyo de sus dichos por la accionada fue revocado por la Excma. Quinta Cámara de Apelaciones, en 20 de Marzo de 2013 in re: N° 117.853/14.408 “Berridy, Maximiliano Andrés y Ots. c/ Obra Social de Empleados Públicos p/ Acción de Amparo”.

Dijo entonces el Tribunal de Alzada: Este Tribunal se expidió al respecto en los autos N° 11.253 caratulados “Granjero Mendocino SA c/ Municipalidad de Maipú p/ Acción de Amparo” de fecha 02/Septiembre/2008 (LS033-151), donde se dijo que: “ no se comparte el criterio seguido por la parte demandada en cuanto adhiere a una interpretación histórica que consagra la concepción del amparo como remedio “residual o supletorio” en cuanto a otros procedimientos judiciales o administrativos, en tanto de conformidad con la reforma constitucional al art. 43 de C.N. no es necesario verificar el agotamiento de una vía administrativa previa o la inexistencia de una vía paralela de conformidad para que se el amparo se revele como la vía más idónea, siendo ésta la única posibilidad que tiene los actores para lograr protección a su derecho de procrear y de no ver cercenado su derechos a la salud y a una mejor calidad de vida”.

En el caso analizado, en cuanto a la elección de la vía elegida, cuestionada por la demandada, cabe recordar que el art. 4 del Decreto Ley 2589/75 dispone que la acción de amparo sólo será procedente cuando previamente se hayan agotado las acciones administrativas o judiciales previstas como vías normales para la impugnación del acto, o cuando ellas no existan o cuando, existiendo, la remisión del examen de la cuestión al procedimiento ordinario previsto para la sustanciación de las mismas, cause o pueda causar un daño grave e irreparable.



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

En este tema coincido con el Dr. Felipe Seisededos, que en nuestro amplio cuerpo normativo, siempre existe alguna vía previa o paralela que permita impugnar la actuación lesiva (“Notas acerca de las vías previas en el amparo”, J.Mza., 2da.Serie, nº 26, pág. 165). Por ello sostenemos que de aplicarse la normativa del art. 4° citado en forma absoluta y en todos los casos, en la práctica resultaría un escollo casi insalvable para la defensa de los derechos, ya que siempre existen remedios judiciales o administrativos que de una manera u otra pueden llegar a restablecer el orden jurídico alterado con un acto ilegítimo o una conducta arbitraria.

No obstante, cuando esos medios no procuren el restablecimiento del orden vulnerado con la eficacia del amparo, éste último remedio resulta procedente. Lo útil es ver, en el caso concreto, si tales remedios judiciales o administrativos ordinarios pueden obtener los resultados del amparo con la misma eficacia de éste (Conf. Bianchi, Alberto, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la Administración Pública”, E.D. 108-593).

La jurisprudencia también ha entendido que la posibilidad de recurrir a este remedio excepcional está dado por la inoperancia de esas vías para purgar la lesión con la premura que exige la violación de un derecho constitucional (CC2°, “Grando, Ana Silvia, c/ D.G.E. p/ amparo”, 29-6-01). “Esto implica reafirmar el rol subsidiario del amparo, remedio último y heroico... **No basta, en efecto, que exista una vía judicial o administrativa protectora del derecho en cuestión, debe tratarse de una vía apta, útil, a emplear siempre que no cause un daño grave e irreparable al interesado**” (Sagües, Néstor Pedro, “Reflexiones críticas sobre la Ley Nacional de Amparo”, ADLA, 1982, pág. 1056).

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Se ha interpretado que la reforma constitucional nacional de 1.994 no le ha quitado su carácter subsidiario a la vía del amparo, pero sí ha quedado derogada por el art. 43 de la C.N. la obligatoriedad de tales vías alternativas, en tanto la norma dispone que podrá interponerse la acción de amparo cuando no existan vías judiciales más idóneas. Así lo ha resuelto el Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 9 (18-7-95, L.L. 1995-E-516): “El art. 43 de la Carta Magna implica la derogación orgánica del requisito vinculado a la inexistencia de otras vías administrativas para tutelar el derecho que se pretende hacer valer, por resultar incompatible con sus disposiciones ten-

dientes a que la tutela se efectivice por la acción expedita y rápida del amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

La idoneidad a que alude el art. 43 de la C.N. equivale estrictamente a la celeridad o rapidez porque si la norma citada comienza refiriéndose a la acción expedita y rápida de amparo, es obvio que el medio judicial más idóneo debe ser más rápido que aquél. **El amparo tiene un carácter subsidiario no supletorio, lo que significa que la existencia de otras vías no obsta el uso del amparo si esas vías son menos aptas para la tutela inmediata que se debe deparar** (Palacio, L., “La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994”, L.L. 1995-D-1237). “El amparo es la primera vía más idónea, es más breve, sencilla y efectiva ‘antes que, no en lugar de’, la vía ordinaria.

Al decir de la doctrina más calificada: **“Más idóneo debe entenderse en el sentido de más breve o sencillo”** (Gordillo, Agustín, “Un día en la Justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”, L.L. 1995-E-988).

Otros autores, en cambio, sostienen que el amparo constituye una vía alternativa, dejando de ser subsidiaria o supletoria, a consecuencia del texto del art. 43 de la C.N. incorporada por la reforma constitucional de 1.994. Adolfo Rivas sostiene que “La Constitución, si bien dentro del sistema rígido, da al amparo un lugar específico. Así, si la conducta lesiva es manifiestamente ilegal o arbitraria, la comparación necesaria para determinar si es aplicable o no el amparo no ha de hacerse entre el proceso ordinario y esa vía, sino entre ella y otras razonablemente aplicable (interdictos, amparos por mora) sin olvidar que el ordinario o sumario combinado con una medida cautelar no tiene la misma finalidad del amparo pues puede proteger, pero no restituir el uso y goce – sin cortapisas y amenazas - del derecho individual” (“El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”, L.L. 1994-E-1330).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia, en fallo plenario, se pronunció en favor de la tesis que sostiene que el amparo constituye una vía subsidiaria.

El Tribunal dijo que: “Si la vía judicial es igual o peor, el perjudicado por el acto podrá optar por una o por otra; en cambio, si la vía judicial es más idónea, no procede el amparo”, agregando que: “La expresión ‘no exista otro medio judicial más idóneo’ significa que la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo si esas vías son menos o igualmente aptas para la tutela inmediata que se debe deparar” y que “la rapidez, la celeridad, es un aspecto fundamental a tener en cuenta , pero no el único”.



18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Dijo entonces la Ministro preopinante, Dra. Kemelmajer de Carlucci, con criterio que comparto y estimo aplicable al presente caso, que: “ la vía idónea no es sólo vía más rápida, sino que quiere decir más apta, más hábil, más apropiada, de acuerdo a todas las circunstancias que el caso presenta, ya que la rapidez se conecta estrechamente al recaudo del daño, pero también hay otros elementos (como la complejidad probatoria), vinculados al efectivo derecho de defensa en juicio, unidos al recaudo de lo manifiesto o notorio. “En suma, todos los recaudos legales están imbricados, de modo tal que en cada caso deberá verificarse si, de acuerdo a la pretensión deducida y la complejidad (sobre todo fáctica) de la cuestión, el amparo es o no menos idóneo que otra vía jurisdiccional” (10-6-97, autos nº 60.928, “Poder Ejecutivo de la Provincia en j. 120.310/31.241 Consorcio Surballe Sadofschi c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza p/ Amparo s/ Inc. Cas. Y autos nº 60.847, “Fiscal de Estado en .: 120.310 Consorcio Surballe y Sadofschi c/ Poder Ejec. de la Provincia p/ Acc. de Amparo s/ Inconstitucionalidad”, R.F. 26-119).

Por lo demás, como señalé, en el caso de autos nos encontramos ante un típico supuesto de “**amparo salutífero**”, que impone una mirada especial a la hora de juzgar la procedencia formal del amparo.

IV. el amparo de salud y la idoneidad de las vías alternativas.

En estos supuestos se ha entendido por la jurisprudencia que si se halla en juego la subsistencia de un derecho social como el derecho a la salud, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales, de igual jerarquía —art. 75 inc. 22—, ante la interposición del mecanismo consagrado constitucionalmente por el art. 43 con el fin de garantizar su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación”.

En otros términos, es verdad que la idoneidad de las vías alternativas no debe juzgarse únicamente desde la perspectiva de la celeridad, sino que ésta debe conjugarse y complementarse con la seguridad jurídica y la amplitud al derecho de defensa, pero la naturaleza del derecho que se procura tutelar en el caso concreto hace que aquí adquiera una dimensión especial la celeridad, como único medio de asegurar la tutela judicial efectiva (art. 25, C.A.D.H.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado al amparo como la vía más idónea para reclamar el cumplimiento de prestaciones relativas a la salud, en tanto su objeto es “la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental (Conf. El art. 43 de la Constitución Nacional y

la doctrina de Fallos: 259:196; 263:296; 267:165, entre otros y Fallos: 324:3601)" (CSJN, O.59.XXXVIII. Originario, "Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo"), siendo el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente tales derechos (Fallos: 321:2823; 325:292 y sus citas). Y en igual sentido, se ha expedido Excmo. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, in re: "Las Repeto y Cía S.R.L. c. Municipalidad de Bell Ville - Acción de amparo - Apelación - Directo" (Sent. Nro. 135, 24.10.2000).

A este respecto, debo destacar que en el caso, la demandada, emplazada mediante Nota remitida a la misma al otorgamiento de la cobertura solicitada, guardó silencio, no obstante que no se trataba de una simple nota, como aduce en su responde, sino que por lo contrario, previo a la misma la afiliada había acompañado: resumen la historia clínica, estudios de laboratorio, espermograma y las indicaciones médicas y presupuesto del tratamiento de fertilidad.

Y si bien es cierto que en su responde la demandada negó haber recibido la citada documentación, no lo es menos que ello no pasa de ser una negativa genérica que en modo alguno se ajusta a las pautas (aplicables en forma subsidiaria.- art. 36 Ley Amparo) del art. 168 del CPC.

En el caso, considerada la trascendencia de la cuestión comprometida, la negativa enunciada debió ser respaldada con la historia clínica de la afiliada, la que ni siquiera se ofreció como prueba (v. fs. 47vta.).

En definitiva, y teniendo en cuenta los derechos humanos en juego en el caso (a la salud reproductiva y la formación de una familia), como las particulares circunstancias de la amparista (infertilidad femenina por cuadro de disminución de su reserva de óvulos, agravada por la edad de la paciente), sin dificultad se entiende que las exigencias del ingreso previo al Programa de Fertilidad Asistida organizado por la OSEP, como la necesidad de esperar al pronunciamiento del Honorable Directorio de OSEP, respecto de la cobertura solicitada, en los términos y formas previstas en la ley de procedimientos administrativos n°3909, está muy lejos de ser un trámite expedito.

En otros términos, es una solución que en general no se compeadece con las exigencias de un adecuado servicio de justicia y con mayor razón en una acción de amparo en la que se pone en juego el derecho a la salud de la amparista (art. 59 Const. Pcial y art. 75 inc. 23 de la C.N.), porque en tales circunstancias es manifiesta la urgencia de satisfacer los requerimientos brindando una tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales amenazados (TSJ; Auto Nro. 331, 2009, "Arguello, Marcelo Fabián Y Otro C/ Instituto Provincial de



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Atención Medica De La Provincia De Córdoba (Ipam) -Amparo Cuerpo (Civil) de Apelación (Expte. N° 1677394/36)".2.2.

Por último, debe tenerse en cuenta que en casos de dudas sobre la idoneidad de las vías concurrentes y frente a tener que resolver la admisión formal del amparo, debe estarse a favor de la eficacia de la acción intentada (in dubio pro actione), pues, ese es el deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la Carta Suprema (conf. Gozaíni ob.cit. pág.69).

Conforme lo expuesto y en consideración al caso concreto planteado en autos, concluyo que la vía del amparo resulta formalmente procedente, en tanto no resulta extemporáneo y no se advierte que existan otros medios más idóneos, otra vía más expedita para revisar judicialmente los derechos lesionados por el acto, esto es, la negativa a la cobertura de un tratamiento de Fertilización Asistida de alta complejidad.

V. la procedencia sustancial del amparo.

Partiendo de la premisa que la acción de amparo interpuesta resulta formalmente admisible, en atención de haber sido deducida dentro del plazo previsto por el art. 13 del decreto ley 2589 modificado por ley 6504/97, y resultar la vía idónea para el planteo efectuado, corresponde pasar al análisis de los presupuestos de procedencia sustancial de la acción intentada en el caso.

A fin de circunscribir el thema decidendum, en harto breve sinopsis, cabe expresar que la ampararista pide que su obra social (OSEDE) se haga económicamente cargo de los gastos que les insume un tratamiento de 'fecundación in vitro' (FIV), con espermodonación, dado que -según expresan- les resulta imposible por cualquier otro medio concebir.

Pues, como lo informa el médico tratante Dr. Luciano Sabatini, en respuesta al cuestionario formulado por el Tribunal (v. fs. 7071), la paciente presenta un cuadro de disminución de su reserva de óvulos constatado por el resultado de su hormona Anti mulleriana, cuyo valor es 0.9. Por lo que tiene que realizar fertilización in vitro porque tiene una reserva ovárica muy disminuida y debe ser con espermodonación ya que no tiene pareja y tiene deseo de embarazo.

En cuanto a la técnica utilizada señala que puede ser ICSI o Fertilización convencional, ya que en este caso es indistinto.

En el Punto e) del cuestionario, el médico tratante informa que la paciente no ha realizado tratamientos de baja complejidad previos, y los mismos no

están indicados en este momento debido a la edad (41 años) y la reserva ovárica muy baja.-

Así planteada la traba de la litis, advierto que el meollo de la cuestión a resolver en la causa, está en decidir si la vía del amparo intentada habilita a este Tribunal a ordenar a la obra social demandada OSEP, la cobertura total e integral de la práctica Fertilización Asistida in vitro convencional o por técnica ICSI, con espermodonación.

A modo de premisa, es imperioso recordar que en orden al recaudo de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" del acto u omisión de que se trate, la calificación de manifiesta implica que los vicios "deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial"; es decir, cuando el **"ataque es tan patente que se manifiesta podría decirse en forma física- visible, ostensible y notoria"**

En el caso, como intentaré demostrar, entiendo que la arbitrariedad e ilegalidad invocada por la amparista, así como la lesividad a su derecho a la salud surge manifiesta.

En el arribo de la solución propuesta tengo en cuenta los siguientes argumentos, que estimo definitorios para la procedencia del amparo incoado.

VI. el derecho a la salud, en la doctrina judicial de la CSJN y en la Constitución de la Provincia de Mendoza.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo, señaló que el derecho a la vida, íntimamente vinculado al derecho a gozar de salud "...es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112 y 323:1339) y se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 323:1339)" (CSJN, in re: "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s. acción de amparo-medida cautelar", A. 891. XXXVIII -18/12/2003; y en igual sentido, in re "Asociación Benghalensis c. Estado Nacional -M.S. y A.S. s/amparo ley 16.986", Resolución del 01/06/2000. Fallos 323:1323). Ese derecho también se encuentra reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 7 y 11), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4), la Convención sobre los derechos del Niño (arts. 3, 6, 23, 24, 25, 26 y 29), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25).



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Este derecho, a su vez, encuentra protección (de modo implícito) en nuestra Constitución Provincial, cuando en su art. 8º reconoce a todos los habitantes de la Provincia “derecho perfecto de defender su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad y de ser protegidos en estos goces”

En tanto el art. 47 del mismo cuerpo legal, declara que la enumeración y reconocimiento de los derechos que contiene esta Constitución no importa denegación de los demás que “**se derivan de la condición natural del hombre**”.

Declarando el ar.48 inconstitucionales a toda ley, decreto, ordenanza o disposición, que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidas en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten o priven a los habitantes de las garantías que aseguran, las que no podrán ser aplicadas por los jueces.

Podemos decir que, si bien de un modo implícito, en nuestra Carta Magna la salud es protegida como un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social, y coloca en cabeza del Estado Provincial el deber de garantizarlo mediante las acciones y prestaciones que resulten necesarias.

VII. La ley 26862 y los alcances del tratamiento de fertilización.

La Ley 26.862 sobre “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, se sancionó el 5 de junio de 2013 y reglamentó el 19 de setiembre de 2013. Vino a receptar la realidad que reflejaba la creciente demanda de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), principalmente de alta complejidad, por parte de los beneficiarios de los diversos sectores del servicio de salud ante los distintos tribunales provinciales y nacionales.

Como subraya la doctrina (LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”; LA LEY-2013-D-1037; GARAY, Oscar Ernesto, “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”; LA LEY 2013-D-742), la ley 26.862 es una ley de avanzada, igualitaria e inclusiva, y con este objetivo en miras es que ha sido elaborada la respectiva reglamentación.

Es por esto que, por ejemplo, ha eliminado cualquier limitación referida a la edad, orientación sexual o religiosa de las personas que pretendan el acceso a estos tratamientos.

Una ley que procura profundizar y concretar los derechos de toda persona a la paternidad /maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, a la dignidad, la libertad y la igualdad de toda persona humana, no es consecuente con los principios que la inspiran si establece limitaciones de ese tipo.

Si su finalidad es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.

“Se advierte que su reglamentación no hace ninguna referencia acerca de la idoneidad de esas metodologías como un modo de paliar un problema de salud, es decir, que no se centra en la noción de infertilidad, sino que de manera más amplia se refiere a otros derechos humanos básicos” (Basterra, Marcela I. “Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional”; Publicado en: LA LEY 15/08/2013 , 4 • LA LEY 2013-D , 599) que son los arriba enunciados.

La tarea del legislador no debe ser la de limitar el acceso a tales técnicas a efectos de prevenir aquéllos, sino solo la de proporcionar las herramientas necesarias para que todas las personas en igualdad de condiciones puedan acceder a dichas técnicas dentro del marco de contralor sanitario que en el campo de la salud compete a sus respectivos profesionales.

Como lo tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la provincia, que he seguido en el tema, “De esta forma debe ser interpretada la normativa en cuestión, y a partir de ella el sentenciante en el caso particular debe hacer lugar a la pretensión –cuando así corresponda- disponiendo la cobertura integral para TRHA de alta complejidad a cumplirse dentro del límite anual y con la frecuencia establecidos por la ley, en el entendimiento de que los intentos se realizarán siempre y cuando el médico especialista no prescriba una frecuencia menor”.(ver SCJ in re° n° 111.183, caratulada: “SWISS MEDICAL S.A. En J. 250.721/50.341 “UDA, SILVIA ELIZABETH Y OTS. C/ SWISS MEDICAL S.A. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”(19/06/2014).

VIII. La Ley 26.862 sobre “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, su aplicación en el caso concreto.

En el caso, la parte actora invocó expresamente la aplicación de la citada normativa, en tanto la obra social demandada insiste que la ley nacional no obliga a las provincias a su adhesión, sólo lo aconsejan, lo proponen.

Destaca que la provincia de Mendoza no se encuentra adherida a la ley nacional 26862, consecuentemente no puede exigirse a la provincia y menos a la OSEP la cobertura conforme lo dispone la normativa nacional.



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Insiste que su parte, tiene un programa de fertilización asistida al que deben ajustarse los afiliados.

Los argumentos resultan inconsistentes.

Ello así, en primer término, en tanto la ley n° 26.862 en la que se consagra la regulación de la utilización y el acceso de las personas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 1°), es una norma que es de orden público.

Frente a ello, pierde fuerza argumentativa, a los fines del rechazo del amparo incoada en la causa, las manifestaciones de la accionada respecto su facultad reglamentaria y a la ausencia de una urgencia en cabeza de la amparista (fs. 43).

En segundo lugar, no puedo dejar de mencionar que el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (técnica ICSI), que se acompaña a la causa, como Anexo I y se glosa a fs.3334 de autos, no se compadece con las disposiciones de la normativa nacional, que como dije es de orden público.

Especialmente en cuanto limita la asistencia a parejas heterosexuales, , limita la edad de la paciente a los 40 años, exige no tener hijos vivos en la pareja actual, haber cumplido previamente con el tratamiento de baja complejidad según criterio normados por las Resoluciones de Honorable Directorio.

Por otra parte, expresamente establece que no se dará cobertura a las siguientes prácticas: ovodonación, espermodonación (entre otras que no es caso enunciar), con lo cual las directivas de la obra social vienen a resultar totalmente anacrónicas no sólo con la ley nacional de fertilización n° 26862, sino lo que es más grave aún, importa una injustificada y a su vez injusta limitación de los derechos a la salud de los afiliados en estos casos, oponiéndose de este modo a la amplitud con que la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos amparan estos fundamentales derechos. Entre ellos el de la maternidad/paternidad y de formar una familia.

Creo que la cuestión merece un estudio detenido por parte de los Directivos de la OSEP, ello no sólo colocaría a tan importante obra social a la altura de las circunstancias en la materia, sino que evitaría numerosos amparos que en definitiva importan un gasto en juicios que bien podría evitarse con una legislación más actualizada.

En efecto, como se analizó precedentemente, el derecho humano protegido en el caso, no se limita al derecho de ser madre o padre, sino lo que es más trascendente, en rigor lo que se encuentra en juego es el derecho de las

personas a formar una familia, independientemente de cuál sea el número de descendientes que integren a la misma.

IX. En cuanto a la cantidad de tratamientos, el art. 8 de la citada ley 26862, establece que una persona podrá 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”.

Recuerdo que el elemento que tipifica o caracteriza a esta normativa es su amplitud, al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. (HERRERA, Marisa-LAMM, Eleonora. “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”. LA LEY 31/07/2013, 31/07/2013, 1).

A su vez el decreto reglamentario en su artículo No. 2, prevé que se 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.

En tanto se entiende 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.

En cuanto al tratamiento en sí, se dispone que una persona podrá 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; debiendo comenzarse con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad (ver art.8). (CC yC 4 B., I. G. y ots. c. OSEP s/ acción de amparo • 29/12/2014 Publicado en: LLGran Cuyo 2015 (junio) , 535 Cita online: AR/JUR/73995/2014.



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

En cuanto a la amplitud que la misma normativa reconoce, recuerdo que el derecho a la salud es un derecho fundamental de incidencia colectiva. Justamente, en lo que refiere a la salud reproductiva se lo regula como un derecho social en atención al deber de cada estado (nacional y/o provincial) de organizar servicios de salud integrales destinados a poner en práctica los elementos que integran este derecho. Esto se vincula con las acciones positivas previstas en el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución nacional. Con este enunciado legal se busca que el Estado asuma un papel activo para el efectivo disfrute de los derechos reconocidos en el Bloque de Constitucionalidad Federal (Constitución Nacional e instrumentos internacionales de igual jerarquía — art. 75, inc. 22). (KRASNOW, Adriana N., "Alcance del derecho a la salud reproductiva", LLLitoral 2008 (setiembre), 823; puede verse: LUFT, Marcelo Enrique, "Derecho a la salud reproductiva desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", La Ley on line, AR/DOC/6067/2010; FAMÁ, María Victoria HERRERA, Marisa REVSIN, Moira, "Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?", LA LEY, 2003-A, 237)

X. Algunas consideraciones sobre el derecho a formar una familia.

El derecho a formar una familia está conceptualizado como uno de los derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana. Hay un deber de los Estados de proveer lo conducente a tomar medidas positivas para garantizar el derecho a la salud reproductiva y su consecuente e inescindible derecho a formar una familia. De este modo, no basta con que el Estado sólo se abstenga de dañar esos derechos, sino que debe eliminar las barreras naturales y legales (que resulten inconstitucionales) para el efectivo goce de los mismos. Se trata de verdaderos derechos naturales preexistentes a las mismas legislaciones. En este sentido, debemos tener en cuenta que existen normas de jerarquía constitucional que consagran el derecho a formar una familia en condiciones de igualdad tanto para hombres, como mujeres, para parejas de igual o diferente sexo. Este derecho de raigambre constitucional, que incluye la facultad de elegir la cantidad de hijos, regular el tiempo entre cada nacimiento o decidir no tener descendencia. Instrumentos internacionales establecen y garantizan la igualdad entre el hombre y la mujer; al tiempo que reconoce a ambos el derecho de formar una familia (v. gr. arts. VI y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Arts. 3°, 10° y 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos: art. 23.4 y 26 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos; art. 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Hay que precisar que el artículo 17 de la Convención Americana, protege el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, lo cual constituye la base para garantizar el acceso a las técnicas de fecundación asistida, ya que los derechos reproductivos deben interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia, que se encuentra reconocido en el citado artículo de la Convención, y en otros instrumentos de derechos humanos, como el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, es indiscutible que el derecho a constituir una familia debe considerarse y aplicarse a la luz del 5º párrafo de la Observación General Nro. 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que dice: "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias". Ello nos llevaría a considerar que la falta de cobertura de la técnica de fecundación artificial que permite la procreación a la mujer estéril es una decisión que atenta contra el derecho a la vida familiar, entendido con el alcance señalado en el 5º párrafo de la Observación N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ya que deja sin la oportunidad de fundar una familia y de tener hijos a la mujer que, por razones de salud, no puede engendrar naturalmente. Si los miembros de la pareja estéril no tienen posibilidad de que su sistema de cobertura de salud les proporcione el acceso a la técnica de fecundación asistida, la maternidad queda reservada a las mujeres que cuentan con los medios económicos y sociales que les permiten costear tales tratamientos. Las limitaciones a los derechos humanos no pueden ser arbitrarias ni restringir el derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas. (MEDINA, Graciela, "Tratamiento de fertilización asistida y objeción de conciencia", La Ley Online)

En este aspecto, las técnicas de reproducción humana asistida posibilitan la concreción de la igualdad normativa a partir del reconocimiento y respeto de las diferencias descriptivas de los seres humanos.

Tal como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo" acceder a las técnicas de reproducción humana asistida forma parte del contenido iusfundamental protegido del derecho a la



18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA

integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar y forma parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en la de pareja. Por lo tanto, el acceso integral a estos procedimientos y técnicas no configura una mera prerrogativa estatal que pueda ser desarrollado o no por el Estado, sino un derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen deberes de atención y prestación. (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 24).

La máxima instancia judicial en la región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión recaída en el resonado caso "Atala Riffo contra Chile" del 24/02/2012 ha expresado: "En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma", consideración que se amplía posteriormente en un caso contra nuestro país, Fornerón y otro contra Argentina del 27/04/2012, cuando agrega: "no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas". Este entretrejido regional se completa con el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012, formándose un corpus iuris regional o entramado jurídico de carácter obligatorio para el Estado argentino, imposible de desconocer, contradecir o silenciar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta interpretación resulta de insoslayable aplicación para nuestro país según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 27/11/2012, en el caso "Rodríguez Pereyra, Jorge L. c/Ejército Argentino s/Daños y perjuicios", cuando recordó que "tras la reforma constitucional de 1994, deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos"; y en esta misma línea, en el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248, 13-7-2007), la Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sis-

tema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20)".

Bajo este aspecto, la ley 26.862 prescribe que están obligadas a brindar las prestaciones médicas de fertilización asistida, los tres subsectores prestadores del servicio de salud en la Argentina: i) el público, ii) la seguridad social; y, iii) el privado o medicina prepaga (Conf. art. 8º ley 26.862).

XI. Los prestadores y la supervisión y control de la OSEP.

En el caso, la demandada, para el supuesto de hacerse lugar al amparo incoado en la causa, solicita que la prestación se autorice a través de prestadores que OSEP reglamente y contrate conforme a la Carta Orgánica de la misma y bajo la supervisión y control de la Dra. Aída Pinto Arias, Coordinadora del Programa de Fertilidad Asistida de OSEP.

Que en el caso de no lograr el objetivo en un tiempo prudencial que el Tribunal fije, se constituya una Junta Médica especial al efecto, respecto de la continuidad o no del tratamiento en el caso concreto, limitándose a tres intentos, es decir a tres prestaciones de fertilización in VITRI FIV por técnica ICSI.

Al respecto, la Quinta Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Mendoza, en los autos N° 5.244/14.515 caratulados "Méndez, Andrea Leticia c/Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP) por acción de amparo", de fecha 19/04/2013, con criterio que comparto y estimo aplicable al caso, señaló, respecto al agravio referido al control que solicitaba la apelante ejercer respecto del tratamiento, exámenes y restantes cuestiones relacionados a la cobertura solicitada, que "...no se advierte que ello se adecue al especial y cuidado del tema que se está tratando, toda vez que es necesario y casi diría indispensable que este tipo de tratamientos sea dirigido por sólo una persona y, quien mejor que el médico cabecera de la paciente que es aquella persona con conocimiento especializado en quien ella y su pareja depositan toda su confianza en miras a lograr el embarazo, ya que se trata de una cuestión muy íntima y delicada como es el de la tener un hijo", agregando que "ello así en tanto obligar a la actora a realizar más trámites administrativos sería casi una auditoría durante la realización del procedimiento, lo que le podría implicar, en el caso de que la obra social demandada no esté de acuerdo o requiera algún otro examen un aplazo aún mayor siendo que el tiempo es una cuestión esencial y primordial en este tipo de situaciones teniendo en cuenta la vía de amparo utilizada"; en consecuencia, en este precedente, se resolvió hacer lugar a la acción de amparo, condenando a la O.S.E.P. a otorgar a la actora cobertura integral (100%) de tres nuevos intentos fertilización "in vitro", bajo la técnica ICSI (incluyendo medicación y gastos que ello demande) en las condiciones establecidas. En caso



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

que dicho tratamiento no fuere exitoso y se pretendiera nueva cobertura, la parte actora deberá presentar: a) detalle de los gastos efectuados, con sus respectivos comprobantes y b) informe del médico tratante en el que se deberá explicitar las técnicas utilizada, los motivos por los cuales estima no se ha obtenido éxito; los motivos por los cuales entiende conveniente insistir con dicho tratamiento y, en su caso, probabilidades de éxito frente a las anteriores circunstancias; todo lo cual deberá ser reevaluado en Primera Instancia, autorizando o negando la nueva cobertura y, en su caso, los costos y/o porcentajes que asumirán cada parte”.

En el caso, en lo atinente al pedido de la OSEP, semejante al abordado en el precedente jurisprudencial citado, valen las consideraciones que se vierten en dicha sentencia para denegar la solicitud, sin que ello implique desconocer que la amparista deberá dar cumplimiento a los recaudos razonables exigidos por la obra social recurrente, en la medida en que ello no importe conculcar los derechos emergentes de la normativa aquí aplicada, fundamentalmente teniendo en cuenta que se reglamenta el ejercicio de derechos consagrados constitucionalmente, como fuera desarrollado más arriba.

Como colofón, recuerdo que la cobertura propuesta por la ley nacional citada, tiende a la integralidad y universalidad tanto en lo económico como en lo poblacional, destacando en todo aspecto el derecho a la igualdad.

La integralidad, es un concepto que refleja el derecho de todas las personas sin ninguna discriminación a acceder a las técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin limitaciones ni exclusiones. La Universalidad, se la entiende como el acceso a un derecho universalmente reconocido del beneficiario en el sentido más amplio, entendiendo que no es requisito la infertilidad para obtener la cobertura de la práctica, por lo que es una ley de igualdad para todos, inclusiva de personas no sólo heterosexuales que convivan o que se hayan casado, sino, solteros, viudos y familias formadas a partir del matrimonio igualitario.

Finalmente, se incluyen estas técnicas dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO), lo que contribuye al real ejercicio del derecho a la reproducción médica asistida (art.8º). Se fija un marco general cuando la práctica requiera de donación de gametos o embriones dando sólo la posibilidad que provengan de bancos inscriptos en debida forma por ante el Registro Federal de Establecimientos de Salud e instituye taxativamente la prohibición de cualquier finalidad lucrativa.

Sin embargo, a pesar de estas prescripciones ni la ley 26.862, ni el decreto reglamentario avanzan sobre otras cuestiones trascendentes relacionadas a la fertilización asistida, tales como: a. La disponibilidad, uso y transferencia de embriones in vitro; b. Las condiciones relativas a los dadores de gametos; c. La crioconservación de los embriones no implantados; d. La dación de embriones no implantados con fines de implantación; e. La prohibición de "construir" embriones humanos para fines industriales, comerciales, o de mera experimentación; f. La determinación legal de la filiación. Por lo que regular estas cuestiones es aún una deuda pendiente.

XI. En cuanto al prestador de la técnica de fertilización asistida reclamada en autos, entiendo no existe obstáculos a que la misma sea prestada por el Centro de Reproducción de Oeste, con la intervención del médico tratante de la actora, Dr. Luciano Sabatini, por cuanto, emplazada la OSEP para que acompañara la lista de los prestadores en técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad, con ovo y/o espermodonación (v. fs. 58 vta.), la misma no fue acompañada a la causa, lo que deja libertad a la afiliada para elegir el médico y el centro de reproducción de su confianza.

XII. el consentimiento informado en el caso.

En cuanto al consentimiento informado exigido en estos casos, tengo en cuenta que si bien la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/2013, ni la regulación del Código Civil y Comercial explicitan de qué forma se recabará ese consentimiento y cómo se guardará constancia de él, el art. 560 del CCyC Nacional explicita quién lo recabará: el "centro de salud interviniente" (que realice las técnicas).

Así pues, es el centro de salud quien será responsable de las deficiencias en el proceso de formación de dicho consentimiento en el caso de que pudieran derivar hechos dañosos para las partes. Será igualmente responsable de su registro y resguardo, en la medida en que constituye una pieza esencial de cara al resguardo del derecho personalísimo a la identidad de los que participan en el proyecto parental así como del hijo que sea concebido.

En materia de responsabilidad, debe recordarse la vulnerabilidad de quienes prestan el consentimiento frente a la envergadura de la posición jurídica del establecimiento de salud. En primer lugar, en virtud de la información de que dispone (y el poder que la información confiere). En segundo lugar, en virtud de la vulnerabilidad especial de los progenitores de deseo, que generalmente ven debilitada su posición en virtud de la ansiedad y la frustración que provoca la infertilidad.(ver Basset, Úrsula C. El consentimiento informado y la



18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA

filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 14/07/2015 , 1)

El consentimiento debe ser "previo, informado y libre" y tiene un requisito ad probationem consistente en su protocolización ante escribano público (Ver comentario al art. 561). Son éstos los únicos datos que aporta la norma en torno a una pieza tan fundamental en el establecimiento de la filiación por técnicas de reproducción asistida, como lo es el consentimiento.

A grandes rasgos, la validez del consentimiento en tanto que acto jurídico requiere que: a) a fin de garantizar la libertad del acto jurídico, será responsabilidad del establecimiento de salud certificar la mayoría de edad y la capacidad prima facie de donantes y progenitores de deseo; b) para que el consentimiento sea prestado con discernimiento, quien lo preste deberá ser previamente informado del objeto del acto, de sus efectos, de los procedimientos e implicancias para el donante o para los progenitores de deseo (sobre todo en el caso de la mujer donante o la mujer que recibirá la implantación del embrión, por el impacto que tienen dichos tratamientos en la salud física y psíquica de la mujer); c) el acto, para su validez, no deberá estar viciado de error, dolo o violencia.

Respecto del consentimiento informado para el acto médico, el Código Civil y Comercial prescribe que el establecimiento de salud debe recabar el consentimiento previo, libre e informado del paciente. Se sobreentiende que, de conformidad con la regulación general sobre los derechos personalísimos (art. 55, art. 279) ese consentimiento no podrá versar sobre actos contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres y será de interpretación restrictiva. Como todo acto de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56) no podrá ser suplido por un tercero.

La información (art. 58) deberá ser dada en términos comprensibles, objetivos, indicando la metodología, los riesgos y los beneficios de la práctica. Específicamente, el médico deberá informar a los requirentes sobre su estado de salud, procedimientos propuestos, beneficios esperados del procedimiento, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, especificación de procedimientos alternativos (riesgos, beneficios y perjuicios de éstos) y consecuencias previsibles del tratamiento (art. 59). Aunque el artículo no lo dice, ni se indica que el consentimiento sea pleno, por la naturaleza del acto, y porque el acto jurídico para su validez tiene que ser libre, se entiende que una persona con discapacidad, salvo expresa y específica autorización del juez, no podrá prestarlo (art. 59).

El objeto del consentimiento deberá ser conforme a la ley, la moral y las buenas costumbres, al orden público, no debe lesionar derechos de terceros (de ahí que no se admita que el acto del consentimiento contenga disposiciones que alteren los derechos personalísimos del niño que será concebido) y además no debe lesionar la dignidad humana.

Si se trata del consentimiento del donante, éste deberá contener una autorización para que el semen se emplee con fines reproductivos o de investigación (el donante debe consentir a la causa-fin como elemento integrativo del acto jurídico, dadas las implicancias en la responsabilidad jurídica del donante). Tanto si se trata de un donante masculino (esperma) como de una donante femenina (ovocitos), el consentimiento deberá estar integrado con la información requerida en el art. 59 para los actos médicos.

En ambos casos, la información previa deberá contener, para no tornar nulo el acto jurídico, información acerca del derecho de los niños de acceder al conocimiento del donante (cfr. art. 564).

El fallo del pasado 29 de abril de la Sala V de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos "C., E. M. y otros vs. Estado Nacional - Ministerio de Salud s. Amparo Ley 16986 ", se inscribe precisamente dentro del contexto de las TRHA heterólogas y aborda el tema del resguardo del derecho a la identidad genética de quien nació por medio de la ovodonación, ordenando al Estado Nacional arbitrar "los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso(...) (1)".

La sentencia resulta particularmente interesante pues coloca como fundamento de la decisión al "derecho a la identidad" y hace expresa cita del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la ley 26061. Remitiéndose a una sentencia de la Corte Interamericana, dice la sentencia que comentamos: "Ese texto [el art. 8 de la CDN] ha sido interpretado, de manera concordante con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras vs. El Salvador)".

Asimismo, agrega, con respecto al derecho a la conservación de la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida acerca de la identidad de la donante de los óvulos, que en "el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga al respecto en la legislación de cada Estado" y "por tal razón, y a fines de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho reconocido en ese precepto, en las condiciones que establezca la legislación respectiva, corresponde hacer lugar de manera parcial a la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios necesarios, mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad del donante, y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella".

En síntesis, es destacable que se haya reconocido en sede judicial que en esta materia está implicado el derecho a la identidad de las personas concebidas con dación de gametos, algo que estuvo prácticamente ausente de los últimos debates parlamentarios, al menos en la ley 26862.

Es por lo señalado, que encumbrados doctrinarios mencionan el llamado Bioderecho, o Derecho Médico, que se encuentra fundado en los siguientes principios: a) el principio de la primacía de la persona humana y salvaguarda de su dignidad, por el que el ejercicio de la biomedicina y la investigación y experimentación genética tiene, por lo tanto un límite en el respeto de la dignidad humana, valor primario y soporte de los derechos fundamentales de la persona; b) el derecho a la vida y el respeto del ser humano desde el comienzo de la vida; c) el principio de inviolabilidad del cuerpo humano y el consentimiento informado, d) el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, sus elementos y productos, e) el principio de protección de la intangibilidad del patrimonio genético, f) el derecho de toda persona a no ser discriminada en razón de sus características genéticas, g) el derecho a la protección de la salud y de acceder a los progresos de la ciencia biomédica, h) el principio de libertad de investigación, i) el de familiaridad. (MENDEZ COSTA, JOSFA, FERRER FRANCISCO, D'ANTONIO DANIEL HUGO, Derecho de Familia, Tomo IV, págs. 9/33).

En función de tales principios y la normativa legal y constitucional que rigen los casos de fertilización asistida, entiendo que previo a la realización de la práctica médica objeto de esta acción de amparo, deberá acompañarse a la causa copia fiel de consentimiento médico informado prestado por la amparista.

XIII. Por todo lo expuesto, legislación, doctrina y jurisprudencia analizada, concluyo, corresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida por LORENA CECILIA ARANGO en contra de la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP), y en consecuencia, condenar a la demandada a otorgar la cober-

tura integral (100%) de tres intentos de fertilización “in vitro” (FIV) convencional o por aplicación de técnica ICSI, según resulta más conveniente al estado de salud de la paciente, con espermodonación, incluida medicación y gastos, por intermedio del Centro de Reproducción del Oeste (CREO), con intervención del médico tratante Dr. Luciano Sabatini y mientras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada, o la que se prescriba. Deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los donantes anónimos, los que sólo se revelaran eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el superior interés que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849, B.O.: 22/10/1990; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica.

Previo a la realización de la práctica médica que se prescriba, deberá acompañarse a la causa copia fiel del consentimiento informado requerido por la ley (art. 560 y ccdtes del CCy CN).

XIV. En cuanto a las costas, entiendo las mismas deben ser impuestas a la demandada en su calidad de vencida, en tanto no existen elementos que justifiquen en el caso apartarse del principio objetivo de la derrota (arts. 35 y 36 del CPC)

XV. La regulación de honorarios profesionales debe efectuarse de conformidad con las pautas del art. 10 de la Ley Arancelaria, atento a la naturaleza de la presente acción y considerando las etapas procesales cumplidas.

Por todo lo expuesto, legislación, doctrina y jurisprudencia analizada,

RESUELVO:

I. hacer lugar a la acción de amparo promovida por LORENA CECILIA ARANGO en contra de la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP), y en consecuencia, condenar a la demandada a otorgar, en forma inmediata a la notificación de la presente resolución, la cobertura integral (100%) de tres intentos de fertilización “in vitro” (FIV) convencional o bien por aplicación de técnica ICSI, según resulta más conveniente al estado de salud de la paciente, con espermodonación, incluida medicación y gastos, la que se realizará por intermedio del Centro de Reproducción del Oeste (CREO), con intervención del médico tratante Dr. Luciano Sabatini y mientras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada, o la que se prescriba. Deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los donantes anónimos,



**18 ° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

los que sólo se revelaran eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el superior interés que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849, B.O.: 22/10/1990; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica.

Previo a la realización de la práctica médica que se prescriba, deberá acompañarse a la causa copia fiel del consentimiento informado de la paciente amparista (art. 560 y ccdtes del CCy CN).

II. Imponer las costas a la demandada por resultar vencida.

III. Regular los honorarios profesionales a los Dres. Jorge Juan Caloiro en la suma de **PESOS DIEZ MIL** (\$10.000.-), Marcos González Landa, en la sumad de **PESOS CINCO MIL** (\$5.000), Patricia A Galve en la suma de **PE-SOS SIETE MIL** (\$ 7.000) (art. 10 Ley 3.641).

REGISTRESE Y NOTIFÍQUESE.

Fdo: Dra. Alicia Boromei - Juez -