

Resistencia, 27 de junio de 2016.AH

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en estos autos caratulados: "**V.N.E. C/ ACCORD SALUD (PLAN PRIVADO DE UNION PERSONAL) S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**", EXPTE. N 6.348/16, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 13/17, se presenta la Sra. V.N.E., por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Daniel Edgardo Galuga promoviendo acción de amparo contra ACCORD SALUD, a fin de lograr la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación con un máximo de tres (3) procedimientos por año hasta que ocurra el embarazo, requiriendo además que el tratamiento se realice en CEGYR -Medicina y Genética Reproductiva- con domicilio en Viamonte N 1432 de la ciudad de Buenos Aires, quedando incluídas dentro de la cobertura el costo total de los medicamentos, la donación de gametos y los gastos de traslado y alojamiento de la actora y su pareja.

Señala la competencia universal del amparo y el hecho de que puede interponerse ante cualquier juez letrado, en razón de lo cual sostiene la competencia de este tribunal para entender en las presentes actuaciones de conformidad a los artículos 43 de la Constitución Nacional y 19 de la Constitución Provincial.

Manifiesta, que la obra social demandada incurre en una omisión, al cumplimentar solo parcialmente con lo dispuesto por la Ley 26.862, otorgando cobertura parcial de fertilización asistida de alta complejidad, excluyendo la donación de gametos.

Expresa que se encuentra afiliada a la obra social Accord Salud, conjuntamente con su pareja, Sr. L.A., bajo el plan 3 Accord Dorado (3C1), siendo sus Nros de afiliados: respectivamente.

Que se le ha diagnosticado una esterilidad primaria de 5 años de evolución, motivo por el cual luego de haberse diagnosticado dicha patología se acude al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, siendo necesaria en este caso la ovodonación.

Refiere que dicho tratamiento se utiliza para quienes han tenido reiteradas fallas en tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, o poseen algún tipo de anomalía en su actividad ovárica.

Continúa en el relato realizando una clara explicación del tratamiento que requiere refiriendo que la obra social no pone trabas ni impedimentos a la realización del tratamiento, pero solo otorga una cobertura parcial cubriendo el tratamiento a la actora pero no admite la cobertura para la donación de gametos (óvulos y espermatozoides) violando la Ley 26.862.

Que al ser intimada la obra social mediante carta documento CCU00982437, a otorgar cobertura integral al tratamiento solicitado, la accionada reitera su postura de otorgar cobertura parcial y realiza una interpretación errónea del art. 8 del decreto reglamentario N 1956/13 considerando que en atención al carácter no lucrativo de la donación es el afiliado quien debe por sus propios medios procurar la provisión de las gametas (óvulos y semen).

Refiere que la interpretación realizada por la obra social no se condice ni con la realidad de su texto ni con el espíritu de la Ley ya que los donantes de óvulos y esperma no reciben contraprestación por dicha donación por ser esta una actitud altruista.

Insiste que el tratamiento se realice en CEGYR, debido a que el citado centro de reproducción, fue el primero en ser fundado en el país, y que su médica tratante, Dra. María Eugenia Miranda M.N. N 118025/ M.P. N 4023, especialista en medicina reproductiva es profesional adherente en CEGYR, y es la persona que realizará el tratamiento de fertilización y continuará tratándola en su consultorio particular en la ciudad de Corrientes.

Destaca que el establecimiento CEGYR, se encuentra debidamente inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, conforme lo dispone el art. 8 del decreto reglamentario de la Ley 26.862.

Que la obra social ofrece realizar el tratamiento con el Grupo Gamma, el cual no se encuentra en principio inscripto en el ReFES.

Realiza un análisis de la ley de Reproducción Asistida N 26.862, su decreto reglamentario N 956/13 y la Ley N 7645, por la cual la Provincia del Chaco adhiere a la ley nacional. Ofrece pruebas, funda en derecho y finaliza con petitorio de estilo.

A fs. 22 el Tribunal dispone señalar una audiencia de conciliación para el 14/06/16; celebrada la misma, y al no haberse arribado a un acuerdo entre las partes, en el acto de audiencia que da cuenta la constancia glosada a fs. 25, se encuadró la pretensión deducida como autosatisfactiva, imprimiéndose el trámite previsto en el art. 232 bis del CPCC y recarátulándose estos obrados en función al trámite impreso.

A fs. 31/33 se presenta la Dra. LILIANA LEONOR POZZI, apoderada de la demandada manifestando que la obra social solo brinda cobertura a sus afiliados para el tratamiento de fertilización asistida de baja y alta complejidad, acorde lo dispuesto por la ley 26.682 y a su decreto reglamentario 956/13.

A su vez, explica los motivos por los cuales no se brinda la cobertura de donación de gametas, aludiendo a las complicaciones más frecuentes referidas a dicho tratamiento en las donantes.

Continúa su fundamentación manifestando que con éstas técnicas se tiende más a la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos -padres, donantes, científicos, etc.- que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida, como si aquellos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo - olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho- sin importar a costa de que.

Alega que la técnica ha sido reconocida legislativamente y, que la misma abarca la necesaria contemplación de aspectos bioéticos, cuya reglamentación es escueta e insuficiente.

Refiere que nada se prevé frente al manipuleo de elementos genéticos y la creación extracorpórea de la vida humana que implica la utilización de la FIV con ovodonación, y que suscitan cuestiones éticas, filosóficas y teológicas que condicionan la reflexión en torno a la toma de decisiones en el avance de la investigación científica, en la aplicación de las técnicas apropiadas a los fines propuestos, y en la adopción de reglas o normas jurídicas que son hoy en día indispensables habida cuenta de la trascendencia social de estas preocupaciones humanas exteriores a las solas conciencias individuales y que involucran a terceros extraños sin cuya participación y servicios no pueden lograrse los resultados deseados.

Cita doctrina y publicaciones de bioética en abono de su postura. Finaliza con petitorio de estilo.

De esta manera la cuestión queda en estado de ser resuelta.

II.-Liminarmente, por motivos de buen orden procesal y pulcritud jurídica, estimo pertinente en este punto destacar que *"la medida autosatisfactiva es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota -de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"* (Peyrano Jorge W., Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: La medida autosatisfactiva, en E.D. 169-1345). En este entendimiento, cabe establecer que no constituye una medida cautelar, por mas que en la praxis muchas veces se la haya calificado erróneamente de esta manera.

En segundo lugar, no adviene baladí caracterizar a este instituto jurídico, como una apreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho -en curso o inminentes- contrarias a Derecho, respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante, o por lo menos ineficiente.

III.- Sentado lo que antecede, y a partir de la incorporación del Art. 232 bis en el CPCC por Ley 4559, se ha regulado dentro de nuestra legislación adjetiva las medidas autosatisfactivas, adoptándose para ello (conforme a lo establecido por nuestro Superior Tribunal de Justicia, a través de la Resolución N 253 de fecha 03/06/05), los siguientes recaudos: **1)** existencia de una fuerte probabilidad del derecho alegado (como mínimo) hasta alcanzar la certeza de su ser, esto es "*...la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto, lo que supone cuando menos una fuerte probabilidad, y aún la certidumbre de que el derecho material del pretendiente sea atendible por fundado*" (Berizonce, ob.cit.p.162); **2)** situación de marcada urgencia que amerita proveer a la tutela de inmediato para conjurar la frustración del derecho, o la producción de un daño insusceptible de reparación; **3)** que la pretensión se articule para hacer cesar conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal (ap. a) del citado art.232 bis); **4)** que no sea necesaria la sustanciación de un proceso de conocimiento autónomo, en tanto que el interés del postulante debe circunscribirse "*...de manera evidente a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines*" (ap. b) del mismo dispositivo); **5)** prestación de contracautela, según la valoración motivada que de las circunstancias del caso hiciera el juez.

A su vez, volviendo a la eximia pluma de Peyrano, esta nos enseña que es una "*solución urgente no cautelar, despachable "in extremis", que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial*". Así en el *sub judice*, aplicando estos principios a la particularidad del caso en exámen, y analizada la cuestión sometida a juzgamiento, de acuerdo a los hechos relatados con más la documental acompañada. Se advierte así por medio de todos ellos, y que para esta determinación tengo a la vista, que los mismos constituyen prueba elocuente para iniciar el presente trámite cautelar, razón por la cual encuentro configurados la fuerte probabilidad del derecho para habilitar su procedencia (teniendo en cuenta la naturaleza del derecho reclamado), como así el peligro en la demora requeridos por el Art. 232 bis del código de rito.

IV.- Que dentro de esta lógica, estimo necesario a los fines de la fundamentación de la decisión que se arribará, aludir a la normativa legal que apoya el derecho a la salud reproductiva y al progreso del disfrute científico.

El art. 25 inciso 1 y 30 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** refiere: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial...la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*". "*Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derechos alguno al Estado, a un grupo de personas, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los Derechos y libertades proclamados en esta Declaración*".

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llevado a cabo en San Salvador en su artículo 10 dice: "*1) Toda persona tiene Derecho a la salud, entendida como el disfrute del mal alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2) Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud de los Estados partes se comprometen a reconocer a la salud como un bien público y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho. b) la extensión de los beneficios de los servicios de la salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado c) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sea más vulnerable*"

Por su parte el Art. 12 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** reza: "*1) Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del mal alto nivel posible de salud física y mental. 2) Entre las medidas*

que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para...d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer reza en su Art. 12: *"Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia".*

Nuestra Carta Magna en su art. 14 establece: *"la protección integral de la familia".*

En este sentido, **la Ley N 25.673 crea el programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable** y establece en su Art. 2 que uno de los objetivos de la misma es "alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia", y en su Art. 3 afirma que la ley está destinada a la población en general "sin discriminación alguna".

La Ley 26.485 de Protección Integral a las mujeres garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y al enumerar las formas de violencia establece en el apartado d) *"violencia contra la libertad reproductiva : aquellas que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la ley 25.673 del Programa Nacional de la Salud".*

La decisión alcanzada en autos, encuentra fundamento en la normativa citada precedentemente (Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional), conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, en el derecho que tiene toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud (**conf. Sentencias dictadas por el suscripto en fecha 04/04/16 in re: "P.S.G. C/OBRA SOCIAL DE AGENTES DE PROPAGANDA MEDICA - O.S.A.P.M.- S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N 2.860/16 y fecha 8//06/2016 in re: "N.G.A. C/ACCORD SALUD (PLAN PRIVADO DE UNION PERSONAL) S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N 4.960/16 todos del reg. int. de este tribunal).**

En función a ello y desde una perspectiva de absoluta justicia y equidad, corresponde encuadrar el reclamo de la Sra. V.N.E. en al marco del derecho a la salud y en especial como un derecho de todo ser humano consistente en acceder de manera integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N 26.862, al cual ha adherido la Provincia del Chaco mediante Ley N 7645.

IV.- Ahora bien, aquilatando los recaudos cautelares exigidos por la norma adjetiva provincial tenemos: **a)** Que es necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal: en este punto, surge de los términos del reclamo y de la documental obrante en autos, la existencia de un normativa específica sobre el particular como es la Ley Nacional N 26862 y el no cumplimiento por parte de la demandada con la prestación de la cobertura requerida.

No resulta ocioso recordar que dicha ley en su art. 1 establece: *"La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"*, y en su artículo 2 aclara el alcance de la misma al decir: *"se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones"*.

b) El interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines: la requirente alega en este recaudo *"Esta urgencia está dada no solo por la*

patología de la actora (esterilidad primaria de 5 años de evolución), sino también por el transcurso del tiempo que conspira con el deseo de ser madre.." A su respecto agrego que la edad de la accionante (44 años) evidencia más aún la premura por la que requiere el tratamiento de alta complejidad. En virtud de ello estimo que se configura el recaudo legal exigido. c) Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas: resulta atendible por esta jurisdicción la pertinencia del requerimiento efectuado por la actora, toda vez que del diseño de su plataforma fáctica y de la prueba ponderada, surge manifiesto su derecho cercenado, cuya restitución pretende de manera inmediata e impostergable.

En esta hermenéutica, cabe reseñar que la tardanza y la exagerada duración de los procesos, han dado origen a una serie de instituciones enderezadas a intentar el hallazgo de soluciones para los diversos problemas que la morosidad de las actividades judiciales ocasionan a los intereses para cuya satisfacción han sido generados, como lo son las medidas autosatisfactivas.

Palabras más, palabras menos, no puede pasar por inadvertido que es público y notorio el irrazonable tiempo que insumen los procesos judiciales, (por cuestiones que no vienen al caso detenerme a analizar en esta instancia), consecuentemente con el grave daño que esta demora le propina al derecho de los justiciables. En relación con esta problemática el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una serie de pronunciamientos sancionando a varios países signatarios del Convenio de Roma por no emitir sus sentencias en un plazo razonable (p. ej., caso "Milasi", del 25/06/1987; B.J.C., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1988-90 pág. 1361; Boletín de Jurisprudencia Constitucional). También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que: **"La defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada podría implicar que los derechos pudiesen quedar indefinidamente sin su debida aplicación en grave perjuicio de quienes lo invocan"**(C.S.J.N., "Enderle, José C. c/ANSeS", sentencia del 14 de junio de 2001, publ. en J.A. 2002-II-4).

Partiendo de esta premisa, y si la irrazonable demora en el dictado de la sentencia definitiva, representa un agravio irreparable al derecho de defensa en juicio en general, no existe duda que dicho menoscabo se potencia y alcanza su máxima expresión, cuando afecta pretensiones tan sensibles como las invocadas en autos, en cuyo supuesto el **"periculum in mora"** se presume y el juez se encuentra en el deber de despachar sin más trámite la providencia cautelar asegurativa del derecho invocado en riesgo de sufrir un daño irreparable.

Que más allá de la naturaleza de la pretensión en debate en esta causa, la magnitud de la litigiosidad, la secuencia necesaria que han de seguir las actuaciones en la hipótesis de haberse dado trámite de acción de amparo tal cual ha sido iniciada la presente causa, sumado ello la actitud no pocas veces dilatoria del servicio de administración de justicia, llevan necesariamente a la conclusión de que, aguardar una sentencia definitiva y su ejecución, no será trámite rápido ni fácil para la accionante.

En el mismo orden de ideas que se viene desarrollando, se ha sostenido que el peligro en la demora como aval para la concesión de la medida cautelar, debe existir en forma fehaciente, juzgado de acuerdo a un criterio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros. Considerando el específico marco de humanidad en que se inserta la acción tutelar requerida, el peligro en la demora deja de ser un requisito meramente procedimental, para convertirse un uno de carácter esencial para la vida y el proyecto de vida de la Sra. V.N.E., el que se ve amenazado ante la negativa de la OBRA SOCIAL ACCORD SALUD (PLAN PRIVADO DE UNION PERSONAL) en cumplir con las prestaciones a las que encuentra obligada por ley, y que muchas veces se traduce en impotencia y tristeza, que significa sortear el laberinto burocrático a que la somete la obra social, como excusa de su propio proceder antijurídico.

En el mismo sentido, no me caben dudas que ante la íntima evidencia de un derecho, como el debatido en el *sub examinis*, el peligro en la demora, se deriva de la propia dignidad

humana. Por otro lado, y aun cuando pudiera objetarse esta cautelar, desde una perspectiva procesal ortodoxa (v.gr. afirmar, que la ACCION DE AMPARO sería la única vía correcta para que sus derechos sean reconocidos) a mi ver y entender, estas deben ceder paso, cuando existe un bien jurídico mayor a resguardar por sobre la mera formalidad, que no es otro que un deber moral que legitima a un orden justo en cuanto rescata a la dignidad del hombre como objeto del derecho y también existe un deber ético del ejercicio judicial que como magistrado no puedo desconocer, frente un requerimiento de esta naturaleza.

Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que más allá de los cuestionamientos realizados por la obra social demandada respecto a la moralidad de este tipo de prácticas fundándose en argumentos de tipo filosóficos y/o religiosos que imposibilitan que la esposa del matrimonio que sufre infertilidad acceda a los avances de la ciencia para poder concretar el anhelo de ser madre, sin perjuicio de otros supuestos que podrían presentarse en la praxis judicial, constituye un deber ineludible de los jueces despejar los obstáculos que les impiden acceder a dichos tratamientos tornando de esa manera totalmente operativo dicho derecho.

Por las motivaciones expuestas corresponde hacer lugar a la acción incoada por la recurrente, mas no con el alcance pretendido.

Ello es así, atendiendo precisamente a los mismos derechos que se pregonan en la especie (derecho a la salud, a la vida misma), no puedo desconocer que el tratamiento de fertilización petitionado, es un procedimiento de alta complejidad, con serios riesgos para la salud. Siendo así y ponderando que son los médicos tratantes quienes habrán de evaluar y determinar la frecuencia de los sucesivos intentos de fertilización asistida, teniendo en cuenta además la edad con que cuenta la Sra. Etcheverry, a fin de evitar impactos negativos en su integridad psicofísica, **FIJO** como límite temporal dentro de la cual podrán llevarse a cabo las prestaciones en cuestión, el término de tres (3) años a computarse desde la fecha del dictado de la presente sentencia.

Por su parte, distinta es la suerte de la pretensión de cobertura de traslado y alojamiento de la actora y su pareja también solicitada, toda vez que no se han acompañado elementos que permitan cuantificar al menos de una manera estimativa el costo de los mismos, por lo que su reconocimiento deviene improcedente.

Consecuentemente, y tal como lo adelantara, corresponde **HACER LUGAR parcialmente** a la demanda promovida por la Sra. V.N.E., y **ORDENAR** a la OBRA SOCIAL ACCORD SALUD (PLAN PRIVADO DE UNION PERSONAL) que **PROCEDA a otorgar** cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación incluyendo medicamentos y donación de gametos con un máximo de tres (3) procedimientos por año **FIJANDO** como límite temporal dentro de la cual podrán llevarse a cabo las citadas prestaciones, el término de tres (3) años a computarse desde la fecha del dictado de la presente sentencia. Dicho tratamiento deberá llevarse a cabo en el establecimiento requerido por la accionante por reunir el mismo todos los requisitos establecidos por la reglamentación que rige en la materia.

V.- Que, respecto a la **contracautela**, y atento a lo dispuesto por el art. 232 bis del C.P.C.C., cuando estipula que "*Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente*"; mas allá de la contundencia de la verosimilitud del derecho de la accionante (respaldada por las probanzas previamente aludidas), como recaudo previo deberá la recurrente ofrecer caución juratoria a fin de responder por los daños y perjuicios, que pudiera ocasionar la medida.

Por lo expuesto, y por ser ajustado a derecho,

RESUELVO:

I) DECRETAR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, a favor de la Sra. V.N.E., en consecuencia **ORDENAR** a la OBRA SOCIAL ACCORD SALUD (PLAN PRIVADO DE UNION PERSONAL) que **PROCEDA** a otorgar cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación incluyendo medicamentos y donación de gametos con un máximo de tres (3) procedimientos por año en el

establecimiento referido en los considerandos, en el término de diez (10) días de notificados de la presente.

II) FIJAR como límite temporal dentro de la cual podrán llevarse a cabo las citadas prestaciones, el término de tres (3) años a computarse desde la fecha del dictado de la presente sentencia.

III) ORDENAR a la recurrente que previamente preste CAUCION juratoria para el caso de haberse solicitado la medida sin derecho alguno por los daños y perjuicios que la misma irrogare.

IV) NOTIFIQUESE, REGISTRESE, PROTOCOLISESE.

Dr. ROBERTO ALEJANDRO HERLEIN

JUEZ SUPLENTE

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL N 15