

(Tomo 204:865/882)

_____ Salta, 18 de abril de 2016.
_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**D., M. B. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 37.957/15), y _____

CONSIDERANDO:

_____ Los Dres. **Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano, Abel Cornejo, Susana Graciela Kauffman y Guillermo Alberto Posadas**, dijeron: _____

_____ 1°) Que contra la sentencia de fs. 272/281 vta. que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la actora, ordenando al Instituto Provincial de Salud de Salta a otorgar a su favor la cobertura integral (100 %) de tres intentos anuales con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos, de fertilización "in vitro" por técnica ICSI, con ovodonación, incluida la medicación y gastos de la donante con los alcances expresados en los considerandos, interpuso recurso de apelación el demandado a fs. 285. _____

_____ Para así decidir la juez "a quo" consideró, en lo esencial, que en función a la naturaleza del problema que afecta a la accionante, la vía procesal del amparo resulta formalmente procedente. Sostuvo que la reproducción asistida por una imposibilidad o dificultad psíquica o física médicamente diagnosticada, de alguno o de ambos miembros de una pareja, constituye una derivación del derecho a la salud. _____

_____ Meritó que la actora es afiliada forzosa del I.P.S.S. y que realizó los trámites ante la obra social a fin que le brinde cobertura en las prácticas requeridas, con resultado negativo. Enfatizó que el diagnóstico dado a la amparista es el de infertilidad por edad avanzada y que se determinó que el único medio para quedar embarazada es el tratamiento de ovodonación, ponderando la influencia que tiene el paso del tiempo en el resultado pretendido. _____

_____ Expuso que la prestación cuya cobertura se reclama tiene encuadre normativo en lo dispuesto por la Ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reglamentada mediante Decreto N° 956/13, y transcribió lo que establece ese cuerpo legal, destacando quiénes se encuentran obligados a brindar la cobertura, la cantidad de tratamientos a los que una persona puede acceder y cuáles son las prácticas que se encuentran incluidas, de acuerdo a lo prescripto por el art. 8°. Sostuvo que la ausencia de reglamentación o materialización administrativa, normativa o institucional de algunos aspectos que conlleva tal técnica no puede obstaculizar su asistencia. _____

_____ Dispuso que debería brindarse una cobertura integral a la actora, conforme lo estipula la norma, pero que no podrá ser bajo los valores que unilateralmente imponga la Institución Médica por ella elegida, pudiendo optar en su caso, por cualquiera de los otros dos establecimientos con los que el I.P.S.S. haya concertado el reconocimiento de esas prácticas. Enfatizó que las disposiciones de la ley de acceso a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción asistida son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. _____

_____ Analizó que mediante Decreto N° 4910/98, la Provincia de Salta se adhirió a la Resolución N° 247/96 del Ministerio de Salud

y Acción Social de la Nación, la que estableció un régimen de coseguros, y que es en función a ello que el Instituto Provincial de Salud tiene determinados los porcentajes de cobertura, indicando que asiste razón en lo expresado por el letrado apoderado de Integral Medicina Familiar S.R.L. -coseguro contratado por la amparista-, en el sentido que su actividad es voluntaria, tanto respecto del Instituto Provincial de Salud como en relación al afiliado y que no se encuentra alcanzado por el objeto del amparo.

Al expresar agravios (fs. 288/291) el demandado sostiene que el Decreto N° 956/13 que reglamenta la Ley 26862 hace mención al número de tratamientos anuales de baja complejidad a los que una persona puede acceder, pero que respecto a los de alta complejidad -como es el objeto del amparo- sólo expresa que podrá acceder a tres tratamientos de reproducción médicamente asistida.

Señala que la práctica solicitada por la actora fue autorizada al 80 % según las disposiciones dictadas al efecto y el acta acuerdo celebrada con el médico tratante, y que el tribunal de grado no tuvo en cuenta que el porcentaje del 20 % es a cargo del coseguro. Aduce que la afiliada contrató, dentro del sistema de coseguro, a la empresa Integral Medicina Familiar a los fines de que se haga cargo de ese porcentaje, lo que no fue considerado por la sentenciante.

Se agravia, además, que la sentencia recurrida haya ordenado también la cobertura para la donante que se someterá a la práctica, porque de acuerdo a lo declarado por el médico tratante era posible que en un mismo procedimiento ésta transfiera embriones a dos mujeres distintas.

Arguye que su representada no es una obra social prepaga y que no integra el Sistema Nacional de Seguro de Salud ni la calidad de Agente del Seguro de Salud (ANSSAL), previstos por las Leyes N°s. 23660, 23661, 24754 y 24455 y decretos reglamentarios.

A fs. 296/301 la actora contesta el traslado del memorial y solicita el rechazo del recurso de apelación interpuesto, por los motivos que allí expone.

A fs. 332/334 obra dictamen de la Sra. Fiscal ante la Corte N° 2 y a fs. 335 se llaman autos para resolver.

2°) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 64:137; 65:127, 315, 629, 69:917; 192:331, entre otros).

Así, el amparo constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. CSJN, Fallos, 305:2237; 306:788, entre otros).

_____ De modo que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna, frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451; 192:331, entre otros). _____

_____ 3°) Que el apelante cuestiona la sentencia en relación al número de tratamientos de fertilización asistida cuya cobertura debe brindar a la accionante. Al respecto, se advierte que la juez "a quo" efectuó una interpretación dogmática y aislada del Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley 26862 (CSJN, Fallos, 311:341; 323:3196), sin expresar cuál fue el razonamiento lógico jurídico para llegar a esa conclusión. _____

_____ Cabe señalar que el art. 8° del mentado decreto establece que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos. _____

_____ De la lectura del artículo se desprende una distinción entre el primer supuesto, referido a las técnicas de baja complejidad, las que deben ser autorizadas en un número de cuatro intentos anuales, del segundo, atinente a las técnicas de alta complejidad, en relación al cual alude al término "hasta tres intentos", estableciendo un intervalo mínimo de tres meses entre cada uno de ellos, por lo que de una interpretación literal del decreto surge que el límite para las técnicas de alta complejidad es de tres intentos en total. _____

_____ Ahora bien, la reglamentación en análisis debe interpretarse sistemáticamente con lo que establecen las normas superiores que regulan la materia, en particular, los Tratados Internacionales que se refieren a los derechos reproductivos y a la protección integral de la familia, de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los preceptos constitucionales y la Ley 26862, y es obligación de los jueces respetar el principio de supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), de modo que si el caso exigiese un número mayor de tratamientos que los que literalmente establece el decreto reglamentario, no puede quedar limitado de manera definitiva a lo que allí se dispone. _____

_____ En suma, corresponde dejar establecido que el Instituto Provincial de Salud de Salta deberá brindar la cobertura de tres tratamientos de fertilización, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos tratamientos, quedarán sujetos al informe que brinden los médicos de la accionante sobre la necesidad de efectuarlos y la posibilidad de un resultado favorable que los justifique, sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le corresponde a la obra social. _____

_____ 4°) Que en cuanto al agravio relacionado con la condena a cubrir el 100 % de la práctica solicitada, cabe señalar que la Ley 26862 establece en el art. 8° que el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados, independientemente de

la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen a la inducción de ovulación, la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, las técnicas de reproducción asistida (TRA) y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.

La empresa Integral Medicina Familiar S.R.L., citada como tercero al proceso, es una firma dedicada a la prestación de servicios de coseguros de salud vinculada al Instituto Provincial de Salud de Salta en virtud de la Resolución N° 193/02 y Convenio de Coseguro (v. fs. 239/243), y no se encuentra alcanzada por las previsiones de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida.

De esa manera, las prestaciones a las que esta empresa se obligó en virtud del convenio celebrado con la afiliada no son cuestiones que corresponda examinar en este amparo. Esas obligaciones deberán ser afrontadas dentro del marco contractual del coseguro, no correspondiendo en estos autos un pronunciamiento al respecto.

5°) Que los agravios relacionados con la condena a brindar la cobertura a la donante por el procedimiento al que debe someterse, resultan insuficientes, pues el recurrente no logra demostrar que la conclusión es errónea o no se ajusta a derecho y sólo revelan una simple divergencia que resulta ineficaz para modificar el resultado al que arriba la juez de grado.

En orden a ello esta Corte ha expresado reiteradamente que el escrito apelativo debe contener un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida, para así demostrar su error, injusticia o contradicción con el derecho, no bastando simples generalizaciones meramente subjetivas que apunten a un enfoque diferente del otorgado por el juzgador (Tomo 76:243; 78:427; 189:1057, entre muchos otros).

6°) Que tampoco resulta atendible el agravio del recurrente que sostiene que el I.P.S.S. no integra el Sistema Nacional de Seguro de Salud y que no es una obra social prepaga. El fallo recurrido está sólidamente fundado sobre la base de la protección del derecho a la salud reproductiva, la protección integral de la familia y en lo que dispone la Ley Nacional 26862 y su decreto reglamentario, que establece claramente, en el ya referido art. 8°, los obligados a brindar la cobertura en las prácticas de reproducción médicamente asistida, incluyendo expresamente a todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que posean.

7°) Que el reconocimiento del derecho a la salud parte de concebir al hombre y a la mujer como unidad biológica, psicológica y cultural, en relación con su medio social y esto implica proteger y garantizar el equilibrio físico, psíquico y emocional de las personas, según la Organización Mundial de la Salud. La protección que garantizan las normas y preceptos constitucionales no puede estar condicionada a la inclusión o no de los tratamientos en los programas médicos. Ello es así porque el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos no necesita justificación alguna,

sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada (Tomo 91:603; 125:1027; 142:771).

La salud reproductiva es una dimensión central del derecho a la salud. Tal el carácter que la legislación nacional le ha conferido al proyectar sus normas como de orden público, esto es, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional (art. 10 de la Ley 26862). Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto N° 956/13 los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida, reguladas en el art. 8° de la Ley 26862, quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Estos derechos no sólo han sido reconocidos en su operatividad por vasta jurisprudencia local, sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (fecundación 'in vitro') vs. Costa Rica" (sentencia del 28/11/12) y por el Comité de Derechos Humanos (vg. Observación General N° 19, art. 23, La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171, -1990-, párr. 5). Asimismo, tales antecedentes han sido valorados por esta Corte en causas similares a la planteada en este amparo (Tomo 179:293; 180:407).

En los precedentes citados se afirmó que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona a "gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones" (art. 15.b), reconocimiento que también aparece en el art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos".

En esa línea, según el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994, párr. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995) "deberían proporcionarse técnicas de fecundación 'in vitro' de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas" (esta Corte, Tomo 192:331).

8°) Que en consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y dejar establecido que el demandado deberá otorgar la cobertura del 100 % de la práctica solicitada de conformidad a lo determinado en el considerando 3°. Costas por su orden atento la forma en que se resuelve el presente recurso.

El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo:

1°) Que adhiero a lo manifestado en los considerandos 1°, 2°, 4°, 5°, 6° y 7° del voto que abre el presente acuerdo.

2°) Que en cuanto al agravio de la demandada respecto del número de tres intentos anuales de las técnicas de alta complejidad cuya cobertura reconoció la juez "a quo" a favor de la actora y a cargo de la accionada, me pronuncio por su acogimiento por las razones que de seguido se exponen.

La Ley 26862, luego de consagrar en el art. 1° que su finalidad es la de "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"; definir lo que se entiende por reproducción médicamente asistida, distinguiendo las técnicas de alta y baja complejidad (art. 2°); determinar y delimitar las funciones de su autoridad de aplicación (arts. 3° y 6°), creando en su ámbito un Registro único (art. 4° y 5°) y, establecer los beneficiarios (art. 7°), se ocupa de regular el marco de la obligación de cobertura a cargo de "el

sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura que posean" (art. 8°).

Sobre esto último se tiene, que la norma enuncia en detalle las prestaciones que, con carácter obligatorio, deben proveer las entidades de mención a los beneficiarios del sistema y, delega en la autoridad de aplicación la reglamentación de los "criterios y modalidades de cobertura", fijándole como limitación solo la de no poder en el acometimiento de esa tarea "introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".

Por su parte, el Decreto 956/13 reglamentario de la ley, delimita el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de "técnicas de alta complejidad" contenido en la ley, (v. art. 2°, segundo párrafo) y únicamente posibilita la inclusión de nuevos procedimientos en la cobertura que explicita la norma "cuando (tales procedimientos) sean autorizados por la autoridad de aplicación" previo cumplimiento de una serie de pasos allí consignados (art. 2, tercer párrafo).

En el contexto descripto, se advierte que aún ante la vocación amplia de la cobertura prevista en la citada Ley 26862 y su reglamentación, el legislador ha tomado recaudos que, contemplando las distintas circunstancias implicadas en el acceso a las técnicas, resultan necesarios para el ejercicio de los derechos que ese ordenamiento compromete.

En este encuadre se instala el análisis de la norma que suscita agravio, siendo la exégesis del art. 8 del mentado Decreto 956/13 asumida por la jueza de la anterior instancia la que el apelante controvierte.

Al respecto se tiene que el tercer párrafo de la disposición recién invocada establece que "En los términos que marca la Ley 26862, 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".

De la lectura del artículo se desprende una distinción entre un supuesto (técnicas de baja complejidad), cuya autorización previó en un número de cuatro intentos y en una frecuencia determinada: anualidad; de otro (técnicas de alta complejidad) en relación con el cual y diverso sentido respecto del caso anteriormente descripto, aludió al término "hasta" para referir al número de tres intentos, estableciendo como pauta de frecuencia la necesidad de un intervalo mínimo de tres meses entre cada uno de esos tres intentos.

Esta lectura compatibiliza y atiende a las enseñanzas de hermenéutica de la Corte Suprema en cuanto a que debe considerarse que el empleo (uso y disposición en el texto) de las palabras no es superfluo, sino que éstas han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (Fallos, 304:1820; 314:1849; 328:456, entre otros); a lo que añade

que la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador jamás se presumen (Fallos, 312:1614, entre muchos otros).

Bajo tales premisas, resulta lógico sostener que si se hubiera querido equiparar la cobertura de ambos tratamientos (baja y alta complejidad) se habría establecido que se podrá acceder a “un máximo por año de cuatro tratamientos de baja complejidad y de tres de alta complejidad, con la salvedad respecto de estos últimos de que habrán de haber intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos”, lo que, evidentemente, no ha sucedido (cfr. Cámara de Apelaciones de Salta, “G., G. A. c/SWISS MEDICAL S.A. s/amparo Ley 16986”, sent. del 15/10/15, www.cij.gov.ar).

Por otra parte, se impone destacar que el Supremo Tribunal Federal ha dicho en un reciente pronunciamiento acerca de la exégesis de la ley en examen (“L.E.H. y otros el O.S.E.P. s/amparo”, fallo del 01/09/2015, www.csjn.gov.ar) que “es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos, 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos, 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132, 1565; 314:225, 1376; 315:952, 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

En este punto cabe reparar que a diferencia de otras legislaciones, la que se examina no contiene disposiciones que aborden exhaustivamente cuestiones tales como la cantidad de óvulos a fecundar; los aspectos vinculados a la crioconservación de embriones; lo atinente a la donación de gametos; entre otros tantos asuntos que pueden comprometer las técnicas de referencia, no pudiéndose soslayar la complejidad de toda esta materia y las consecuencias que en este sentido se derivan de la interpretación que se le asigna al ordenamiento vigente en ausencia de una completa y acabada reglamentación.

En este sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos, 331:1262, entre muchos otros).

Cabe por último añadir que esta Corte en ocasión de pronunciarse sobre un recurso de apelación interpuesto contra una resolución que condenaba -en el marco de una acción de amparo- a la obra social allí demandada a cubrir los gastos que por todo concepto requiera el tratamiento de fertilización “in vitro” ICSI “hasta tres en caso de que el primero falle”, sostuvo, convalidando la compatibilidad de la limitación impuesta con los términos de la reglamentación de la Ley 26862, que “la sentencia apelada no se ha excedido del máximo de tres intentos de alta complejidad dis-

puesto por el art. 8° del Decreto N° 956/13" (Tomo 192:331). _____
_____ 3°) Que por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar par-
cialmente al recurso de la demandada, revocando la sentencia en
crisis en cuanto establece que la cobertura ordenada alcanza a
tres intentos anuales, debiendo en consecuencia disponerse que el
acogimiento de la acción se ciñe a tres intentos en total. Por el
modo en que se decide las costas se imponen por el orden causado. _
_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

LA CORTE DE JUSTICIA, _____

RESUELVE: _____

_____ I. **HACER LUGAR parcialmente** al recurso de apelación inter-
puesto y **dejar** establecido que el demandado deberá otorgar la co-
bertura del 100 % de la práctica solicitada de conformidad a lo
determinado en el considerando 3° del voto mayoritario. Costas por
su orden. _____

_____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Posadas, Abel Cornejo, Guillermo Félix Díaz y Susana Graciela Kauffman -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-).