

///MA, 17 de diciembre de 2008.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. SODERO NIEVAS, Luis LUTZ y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. N° 23385/08-STJ-), elevados por el señor Juez Richar Fernando Gallego, a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°5 de la Segunda Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de General Roca, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado:-----

-----V O T A C I O N-----

El señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:-----

-----Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Fiscalía de Estado, Dr. Roberto Vázquez, a fs. 133 y fundado a fs. 140/142, contra la sentencia de fs. 121/129, que hizo lugar al amparo interpuesto por la Sra. Viviana Alejandra Meléndez y Gustavo Ibarra y, en consecuencia, condenó al I.Pro.S.S. a la cobertura económica del tratamiento de microfertilidad asistida conocido como "Método ICSI" a realizarse en la sede Bahía Blanca de la "Fundación Halitus"; otorgándole a la demandada la facultad de fiscalizar las distintas etapas de implementación de la técnica, a fin de asegurar el control de la práctica y de los costos que insume. -----

-

-----El juez del amparo, funda su fallo teniendo en consideración que la vía elegida resulta ser la correcta y a la luz del principio rector que en materia de salud fija nuestra Carta Magna Nacional; asimismo considera las previsiones del art. 43 de la Constitución Provincial y la jurisprudencia, que a través de distintos pronunciamientos se ha expedido sobre el tema en cuestión. Cita las disposiciones referentes al derecho a la salud de nuestra Constitución Provincial, en su artículo 59, Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75 inc. 22 de la C.N.), la "Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer",

suscripta por la Argentina el 17/07/1980 y ratificado por la Ley 23.179 en 1985; por los arts. 2, 9, 10, 15 de la Parte II del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1.966 y la Ley R N° 3450 que creó el programa Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana.- - - - -

-----Asimismo, hace referencia a los precedentes jurisprudenciales donde siguiendo la jurisprudencia que se ha pronunciado en favor de la cobertura de este tipo de prestaciones, señala “que el hecho que la prestación no se encuentre contemplada en el PMOE -programa médico obligatorio de emergencia- no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud.”- - - - -

-----Invoca opinión de la doctrina en cuanto a que la sociedad debe respetar todos los derechos enunciados en la Carta Magna y la necesidad de acompañar tales derechos con una normativa específica, legislación que deberá respetar el derecho a la Salud, que goza de raigambre constitucional y dentro del cual se encuentra la Medicina Reproductiva, que tal como hoy la conocemos, debe abarcar no sólo los métodos de anticoncepción sino los de reproducción en su totalidad; obligando a las Obras Sociales y Prepagas a brindar cobertura para la utilización de la Biotecnología Reproductiva, para aquellos casos que por esterilidad o infertilidad no puedan concebir en forma natural.-

-----Refiere al reconocimiento de la infertilidad como enfermedad y al aspecto económico del tratamiento. Por ultimo, sostiene que “deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias del presente caso y la situación concreta de la accionante en relación a su estado físico y de salud reproductiva; ello es, su patología acreditada con el informe médico solicitado y que fue debidamente sustanciado con la parte requerida; la circunstancia que aquella fue sometida e intentó anteriores tratamientos de inseminaciones de baja complejidad –cuatro en total- todos con evidente resultado negativo; la pérdida de dos embarazos anteriores originados por su patología; y por último, su edad a la fecha (40 años)”.- - - - -

-----El apoderado de Fiscalía de Estado, se agravia porque se obliga a la Obra Social IPROSS a contradecir la normativa que rige la cuestión en cuanto se trata de una prestación no prevista, afectando así la sustentabilidad de la misma y modificando el presupuesto de la administración, en detrimento de los demás afiliados. Asimismo, alega que la Obra Social no está en condiciones de prestar el servicio que requieren los amparistas, cuestión que el juez no puede sustituir a través de su sentencia, sin tener

para su apreciación datos objetivos que así lo permitan. Aduce que en el marco de un amparo es imposible demostrar la dificultad de la administración en cuanto a la incidencia de las prestaciones en las finanzas de la obra social, cuestión que goza de una presunción legal que debe ser desvirtuada por el Juez.-----

-----La Sra. Procuradora General Dra. Liliana Piccinini, dictamina a fs. 154/160, que el recurso de apelación impetrado por el Apoderado de la Fiscalía de Estado debe ser rechazado, confirmando la sentencia del Juez del amparo.-----

-----La Sra. Procuradora, remite a las citas jurisprudenciales ya expuestas por el Juez Richard Gallego y ratifica el muy fundado criterio del Juez de origen al sostener por sobre cualquier otro interés, el derecho a la salud de la amparista así como también su derecho a formar una familia, correspondiendo al Estado remover cualquier obstáculo que en ambos sentidos pudiera manifestarse.-----

-----Destaca que, si bien es cierto que el art. 2º y 9º de la Ley K 2753 establecen que los afiliados al I.Pro.S.S. gozarán de beneficios tendientes a la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud, teniendo derecho a las prestaciones que se establezcan de conformidad a los alcances de la norma y que la cobertura que brinde la obra social lo será de acuerdo al nomenclador prestacional, no menos cierto es que - como lo han indicado los distintos fallos citados por el Juez del amparo- la condición económica de las personas no debe configurar un obstáculo para obtener la prestación pues el derecho a la salud y a procrear es inherente a la condición humana y por ende ajeno a cualquier tipo de discriminación.-----

-----Considera que al limite en las prestaciones que puede brindar la Obra Social debe sumársele la posibilidad de contemplar aquellas situaciones que no han sido aún incluidas ya por desidia del legislador o por la falta de políticas de Estado destinadas a contemplar que la infertilidad es un enfermedad reconocida como tal a nivel mundial. - - - - -

-----Entiende que la negativa de la Obra Social, -conforme el informe obrante a 98/105- de brindar cobertura a la fertilización “in vitro” a los accionantes porque la misma no figura como prestación reconocida, por no estar incluida en el Nomenclador Nacional, ni en el PMOE, así como en ninguna Obra Social del país, invocando además que la infertilidad no es aún considerada enfermedad, es desconocer los antecedentes

jurisprudenciales y doctrinarios que sostienen lo contrario, soslayando -además- que la Organización Mundial de la Salud (OMS) determina que sí configura dolencia o enfermedad y de allí que en los países desarrollados es común que los sistemas de salud admitan su tratamiento. - - - - -

-----Destaca, que teniendo el Estado el deber de garantizar el bienestar general y “el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones, en un marco de ética solidaria” de acuerdo a lo que reza el preámbulo de nuestra constitución provincial, acceder a la posibilidad de una fertilización asistida es un derecho que el Estado debe garantizar; mucho más aun cuando el argumento enarbolado para no hacerlo pareciera ser únicamente de índole económica, truncando así a los aquí amparistas -como tantos otros en las mismas condiciones- la posibilidad de tener un hijo y constituir una familia.

- - - - -
-----Agrega que la salud sexual y reproductiva constituye un aspecto importante del desarrollo y de los derechos humanos. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como un "estado de bienestar físico, psíquico y social" tal como lo referencia el fallo impugnado. Asimismo, la infertilidad es una enfermedad definida por la OMS como un funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a personas de todas las razas y niveles socioeconómicos de crear una familia.- - - - -

-----Concluye que “negarse a reconocer que la infertilidad es un problema relacionado con la salud, implica desconocer el avance científico existente en el tema, como así también que dichos reconocimientos se posterguen -bajo un fundamento meramente economicista- en perjuicio de necesidades de este tipo, que hacen básicamente a la dignidad y naturaleza humana.- - - - -

-----Pasando a considerar el recurso intentado, debo señalar que el mismo no puede prosperar, atento a las consideraciones esgrimidas por la Sra. Procuradora General en relación al bien fundado pronunciamiento del a quo, cuyos fundamentos comparto. –

-----En primer lugar, se tiene presente que el art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de

promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16: Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.- - - - -

----En este sentido, y sobre el concepto de dignidad humana, corresponde advertir que en “Es la dignidad un concepto útil?”, Jurisp. Argentina, Coord. Hooft, N° especial, 2008- IV”, pág.3) se expresa que:”Ya en su comienzo nos advierte el autor anónimo del tratado hipocrático que por medicina debe entenderse "un arte que lleve al buen comportamiento y a la buena reputación". Para esto tienen que darse muchos requisitos. Uno, la suficiencia técnica; otro, el no actuar por afán de lucro, lo que Virgilio llamó “auri sacra fames”. De ahí que el texto hipocrático añada acto seguido: "...todo arte que no lleve en sí afán de lucro y falta de compostura es hermoso si desarrolla su actividad con un método científico". El decoro exige, pues, suficiencia técnica, compostura adecuada y control del afán de lucro. Y tras esto describe las características del decoro médico. Helas aquí: "Nada de afectación estudiada. En efecto, en cuanto al atuendo, que haya en él decoro y sencillez, no hecho para lucir, sino con vistas a la buena reputación, a la reflexión e introspección, además de adecuado para caminar. Los que se ajustan a todo este esquema son así: reconcentrados, sencillos, agudos en las controversias, oportunos en las respuestas, tenaces frente a las objeciones, bienintencionados y afables con los que son afines, bien dispuestos para con todos, silenciosos en los tumultos, resueltos y decididos ante los silencios, ágiles y receptivos a la oportunidad, prácticos e

independientes para las comidas, pacientes en la espera de una ocasión, expresando en palabras eficaces todo lo que esté probado, utilizando una buena dicción, haciéndolo con gracia, apoyados en el prestigio que todo esto da, teniendo como meta la verdad sobre lo que ha sido demostrado". Y poco después viene el párrafo más célebre del tratado. Dice así: "Por lo tanto, recogiendo cada uno de los puntos anteriormente dichos, hay que conducir la sabiduría a la medicina y la medicina a la sabiduría. Pues el médico sabio es semejante a un dios, ya que no hay mucha diferencia entre ambas cosas. En efecto, también en la medicina están todas las cosas que se dan en la sabiduría: desprendimiento, modestia, pundonor, dignidad, prestigio, juicio, calma, capacidad de réplica, integridad, lenguaje sentencioso, conocimiento de lo que es útil y necesario para la vida, rechazo de la impureza, alejamiento de toda superstición, excelencia divina. De hecho, tienen estas cualidades en contraposición a la intemperancia, la vulgaridad, la codicia, el ansia, la rapiña, la desvergüenza".- - - - -

-----La calificación de "dignidad" ha completado el derecho humano. Entre los conceptos de persona y de derechos humanos existe una relación tan íntima que no se puede definir el uno sin el otro. Para la concepción jurista tradicional, de carácter mecanicista, ambos conceptos serían separables, como un envase de su contenido. Por un lado el individuo, como titular de derechos y por el otro, estos últimos como facultades de aquél. Para la teoría de los derechos humanos el concepto de persona lleva implícito el de sus derechos, y estos no son meras propiedades adicionadas a la persona, sino que constituyen su propia definición. Cuan amplia sea la definición de persona que adoptemos, igualmente amplia será la gama de derechos que le reconozcamos (cf. Russo, Eduardo A., "Derechos Humanos y Garantías", El derecho al mañana" Ed. Eudeba, 1999, p. 49) Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la CSJN en tanto "lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales. Las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 "AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; N° especial "Bioética" X Aniversario, Lexis Nexis).- - - - -

-----El Juez de amparo, para fundar su decisión, se ha basado en las garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y en los antecedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho a acceder a los tratamientos de fertilidad asistida y la obligación de las Obras Sociales de dar tal prestación a sus afiliados, como asimismo tuvo en consideración las particulares circunstancias por la que ha atravesado la afiliada junto a su esposo, a fin de lograr acceder al derecho a formar una familia.

-----En el caso, la patología está acreditada con el informe médico solicitado y que fue debidamente sustanciado con la parte requerida; la circunstancia que aquella fue sometida e intentó anteriores tratamientos de inseminaciones de baja complejidad –cuatro en total- todos con evidente resultado negativo; la pérdida de dos embarazos anteriores originados por su patología; y por último, su edad a la fecha (40 años). Todas estas han sido variables tenidas en cuentas por el Juez para dictar su sentencia.-----

-----Es dable destacar que, en autos, la amparista, ha realizado varios procedimientos de inseminaciones intrauterinas sin obtener resultados deseados. Por ello, se le indicó la “fertilización in Vitro”.-----

-----El recurso impetrado no logra conmover los fundamentos de la sentencia del juez del amparo, cuyo memorial se limita a repetir básicamente, los mismos argumentos brindados en el informe oportunamente requerido a la Obra Social.-----

-----Debo señalar que en el caso, el amparo es la vía idónea para tratar la afección invocada a su derecho de salud reproductiva. Ello así, por cuanto de la documental obrante en autos surge que se ha agotado la vía administrativa, al dar cumplimiento con la Ley provincial K N° 2753, obteniendo a su pedido respuesta negativa por parte de la Obra Social, por no encontrarse la prestación requerida en el PMOE (Programa Médico Obligatorio de Emergencia). Por otro lado, tal como lo recepta el juez del amparo, la urgencia está acreditada, con los informes médicos obrantes a fs. 63 y 111 sumado a la historia clínica adjuntada, de los cuales surge que la amparista se encuentra en los umbrales de la menopausia, circunstancia que por sí sola atenta contra la posibilidad de concebir. Además, se trata de una paciente que tiene una trompa amputada y la otra supuestamente afectada, junto a una trombofilia, lo que habría generado las pérdidas de embarazo reiterado.-----

-----Insisto, en las presentes actuaciones, la acción de amparo resulta la vía idónea para la dilucidación de los derechos constitucionales peticionados por un matrimonio que solicita la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida por parte de la Obra Social, en tanto frente a la imposibilidad presente y actual de ejercer el derecho a la salud y a los servicios sociales necesarios para lograr una cobertura en el tratamiento como único método posible para lograr un embarazo, la dilación en el tiempo importaría la vulneración del derecho a la salud.- -

-----En tal sentido, el precedente “M. P. E. y otro v. Ministerio de Salud - Instituto de Obra Médico Asistencial -IOMA-”; C. Cont. Adm. San Nicolás, del 17/04/2007(Cf. Lexis N° 70037436), referido por el a quo, se señaló que es justificado por parte de los amparistas, acudir a la acción incoada a los fines de canalizar sus pretensiones, acreditadas por los fundamentos esgrimidos en su demanda y la prueba aportada, y por la negativa en sede administrativa, ya que no se trata de una cuestión que permita una larga discusión en un proceso ordinario, en atención a que el transcurso del tiempo perjudica la posibilidad de procreación de los amparistas, en virtud de sus edades. - - - -

-----En dicho contexto, resulta razonable y fundada la decisión del a quo para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Máxime, teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales y en precedentes jurisprudenciales, que el juez del amparo tuvo en cuenta para fundar su sentencia. - - - -

-----Comparto, que “la falta de regulación legal de la biotecnología permite que las obras sociales y empresas de Medicina prepaga hagan oídos sordos a esta problemática y, amparándose en diversos fundamentos, se nieguen a cubrir el costo de las diferentes terapias de reproducción. Proceder que afortunadamente no es respaldado por las decisiones judiciales” “Los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la Ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que deben solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión.” “Las nuevas técnicas

de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal....La ciencia médica no descansa y día a día incorpora nuevos avances en post de solucionar las incapacidades del sistema reproductor, representando actualmente el escollo más difícil de superar para las parejas que ven frustrada la posibilidad de concebir naturalmente, la falta de cobertura de las obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga de los diferentes tratamientos contra la esterilidad e infertilidad. (Conf. “El libre ejercicio del derecho a la reproducción” de María Soledad Web, publicado en LA LEY 2008-B, 152).- - - - -

-----Así, puntualmente en el precedente “A., M. R. y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-“, Tribunal: C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª del 26 de mayo de 2008, citado por el a quo, se señaló que “la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear. Esta consideración resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace décadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social. La enfermedad, por lo tanto, constituye una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida. Desde esta perspectiva, como fue anticipado, es indudable que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección” (cf. Lexis Nº 70045051).- - -

-----Se advierte que no existe en nuestro país leyes que regulen específicamente el tema. Tan sólo se puede relacionar la ley 25673 y su decreto reglamentario Nº 1282/03, que regulan la Promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación responsable (Adla LXII-E, 5119; LXIII- C, 2675) garantizando asimismo el acceso a la reproducción y educación incorporándose a la estrategia de la atención primaria a la salud, o sea que lo subsume en el Programa Médico Obligatorio, pero sin contemplar los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad, sobre los que aún pesa la discusión ético-científica (C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 “AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; “Bioética” Lexis Nexis).- - - - -

-----Si bien, la prestación solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio, debe señalarse que no existen en nuestro país, leyes que regulen específicamente el tema. Tan sólo se puede relacionar la ley 25673 y su decreto reglamentario 1282/2003 PEN que regulan la Promoción y Desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación Responsable (Adla, LXII-E, 5119; LXIII-C, 2675), garantizando asimismo el acceso a la reproducción y educación incorporándose a la estrategia de Atención Primaria a la Salud, o sea que lo subsume en el Programa Médico Obligatorio, pero sin contemplar los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad sobre los que aún pesa la discusión ético-científica. En Nuestra Provincia, existe la Ley R N° 3059, consolidada por Ley 4270, que creó el programa de Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana.- - - - -No obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para la admisión de la acción planteada. Es sabido que los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues no remiten en la pregunta por su origen a la letra de los textos legales, sino a necesidades y posibilidades inherentes al individuo, al punto de caracterizar debidamente su condición de ser humano. Dicho de otro modo, persona no es una suma de atributos contenida en un determinado texto legal, más bien, es la medida del ejercicio efectivo del contenido de los derechos humanos. Por eso puede afirmarse que quien ve afectados sus derechos humanos ve, de manera inmediata, afectada su condición de persona (cf. “A., M. R. y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires –Obsta”, ya citado). - - - -

----Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto "...lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339,, 3229, entre otros)".- - - - -

-----De este modo, y atento a las particularidades de la causa, la cuestión debe resolverse de manera favorable a los accionantes, rechazando el recurso intentado. La recurrente, no logra demostrar que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo

de los afiliados a la obra social, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente insatisfechas. - - - - -Sin la determinación específica de un posible riesgo en los beneficios que comparten los afiliados, debe prevalecer el derecho invocado por la actora, pues se ha concluido que éste posee efectivamente un respaldo constitucional. - - - - -

-----En el precedente “A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - ObSBA-”; Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., N. 6, del 20 de noviembre de 2007, Lexis N° 70041567; también mencionado por el a quo, se sostuvo que “la salud reproductiva involucrada en el presente caso, abarca la salud psicofísica de ambos peticionarios, dada la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de progenie, así como su derecho a procrear. Por lo tanto, también integra su derecho a la salud entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, en los términos definidos por la Organización Mundial de la Salud... Dentro del denominado derecho constitucional de familia, el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y planificación. Este último responde a una profunda convicción de ser o no ser madre/padre, lo cual "forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía...supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas". Precisamente en el marco del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la CN. se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda, a elegir su plan de vida. En este caso concreto, trazando su biografía a través de la búsqueda de descendencia, que sólo puede ser alcanzada a través de la cobertura que demandan los amparistas de la obra social demandada”. - - - - -

-----Asimismo en dicho precedente se destacó el Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación. También es dable resguardar judicialmente este derecho. Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir a estos logros científicos en pos de su derecho al disfrute más alto posible de su salud integral. También se tuvo en consideración, el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado. - - - - -

-----A partir de 1994, los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados en el art. 75, inc.CN. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus arts. 25, inc. 1 y 30; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 11; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", en su art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el art. 12. Por su parte la CN en su art. 14 bis establece "...la protección integral de la familia"... La ley 25673 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", reforzado con la afirmación del art. 3 respecto de que la ley está destinada a la población en general "sin discriminación alguna".- - - - -

-----El hecho de que el tratamiento de fertilización asistida ICSI no figure como prestación reconocida para su cobertura por la obra social en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia no resulta óbice para la cobertura de dicho tratamiento, puesto que tal situación contraviene normativas constitucionales de rango superior (cf. A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-; ya citado).- - - - -
- - - -

-----Ahora bien, del relato expuesto, fluye que existiría cuanto menos la posibilidad de que la actora no disponga de un remedio judicial más idóneo para ejercer los derechos en los que funda su pretensión. De este modo, tal como lo ha considerado el pronunciamiento impugnado, la actora ha invocado y acreditado suficientemente, que otra vía procesal alternativa a la presente puede resultar del todo ineficaz -en función de los tiempos- para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de la amparista.

-----Adoptar la solución contraria, esto es, hacer lugar a la apelación incoada con remisión a las vías procesales ordinarias para que canalice su pretensión, podría generarle efectos perniciosos e irreparables; pues en el transcurso del tiempo podría

reducir o eliminar los efectos perseguidos con el tratamiento pretendido.- - - - -
- - - - -

-----Los amparistas poseen garantizado desde el bloque de legalidad constitucional su derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida. Como corolario, se concluye que el cumplimiento de la cobertura pretendida en autos se encuentra efectivamente a cargo de la demandada, en su carácter de obra social a la que cautivamente se halla afiliada la amparista. Con costas (art. 68 CPCyC). MI VOTO.-

-----El señor Juez doctor LUIS LUTZ dijo:- - - - -

-----Adhiero al voto del distinguido colega, Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS, aunque efectuando determinadas consideraciones.- -

-----En primer lugar, advierto la precariedad argumental de quien viene en recurso, insuficientemente desarrollado el mismo a los efectos de desvirtuar los fundamentos expuestos por el Juez de amparo.- - - - -

-----En tal sentido, este Tribunal ha expresado que “El déficit argumental evidenciado por el memorial de agravios determina la insuficiencia del mismo, el que por imperativo legal debe contener la crítica concreta y razonada de la totalidad de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas (art. 265 CPCyC.). Ello implica una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado, se evidencie su injusticia. Requiere así, una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho. (Cf. Alsina, "Tratado... ", ed. 1957, p. 43; Palacio, "Derecho Procesal", Tomo V, p. 599; STJ Río Negro, sentencia N° 1/00 Sec. Civ. En “QUIELLENCO y Minera Nor Patagónica”, del 01-02-00).- - - - -
- -

-----En segundo lugar cabe advertir que la adhesión que formulo lo es para el caso particular planteado en autos, en atención al dictamen de la Sra. Procuradora General y los fundamentos del preopinante, sumado a las características del caso, y sin que ello comporte eventualmente rever mi criterio en casuística en la que se manifiesten

diferentes circunstancias.- - - - -

-----Por último, y ya en lo referido a la inclusión de este tipo de prestaciones en los respectivos nomencladores, serán las autoridades respectivas las que deberán evaluar la conveniencia o no de ello, pero cabe aclarar que no es el amparo la vía idónea para resolver este tipo de cuestiones, que exceden el acotado margen procesal propio de la acción de amparo en todas sus modalidades.- - - - -

-----MI VOTO.- - - - -

-----El señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión. (art.39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación intentado por el apoderado de la Fiscalía de Estado a fs. 133, y fundado a fs.140/142. Con Costas (art. 68 del C.P.C.y C.) - - - - -

-

Segundo: Regular los honorarios profesionales del Dr. Fernando Enrique Detlefs en el 35% a calcular sobre los emolumentos fijados en la instancia anterior (art. 14 L.A).- - - -

- - - - Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse.-

Fdo.:VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ LUIS LUTZ JUEZ ALBERTO I.BALLADINI JUEZ EN ABSTENCION ANTE MI:EZEQUIEL LOZADA
SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO III SENT. Nro. 133 Folio nro. 976/993 Sec.nro. 4.-