

Amparo Derecho A La Salud Y A La Procreacion Fertilizacion Asistida Cobertura Integral Obra Social

JURISPRUDENCIA

Amparo. Derecho a la salud y a la procreación. Fertilización asistida.

Cobertura integral. Obra social Se hace lugar a la demanda de amparo, condenando a una Obra Social a brindar la cobertura integral de los gastos de criopreservación anual, descongelamiento y transferencia de dos ovocitos bipronucleados vitrificados, incluyendo gastos pre y post quirúrgicos para el tratamiento de fertilización asistida, debido a que resulta inadmisibles fijar un tope al número de hijos que pueden concebir a través de estas técnicas. Rawson, 11 de Mayo de 2015.- VISTOS: Estos autos caratulados ?C. y otro c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Amparo? (Expte. N° 179/2015), en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 con asiento en la ciudad de Rawson, a mi cargo, venidos a despacho a fin de dictar sentencia, de los que: RESULTA: Que a fs. 32/38 se presentan los Sres. C. y V., por su propio derecho, y promueven demanda de amparo con el objeto de que se condene al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut a brindar cobertura total de la criopreservación anual, descongelación y transferencia de ovocitos bipronucleados vitrificados, a realizarse en el ... de la ciudad de Córdoba.- En lo sustancial, afirman que la Sra. C. padece de esterilidad primaria por factor tubario y que en Octubre de 2012 decidieron comenzar un tratamiento de fertilización asistida en el citado centro médico, del que Seros cubrió solamente el 70% de la práctica y el 50% de la medicación, sin hacerse cargo de gastos de viáticos, traslados aéreos ni alojamiento.- Como resultado del tratamiento se lograron seis preembriones, de los cuales se hicieron dos transferencias de dos preembriones cada una, naciendo finalmente su única hija, F.- Expresan que decidieron conservar los restantes dos preembriones, cuyo costo de mantenimiento abonaron íntegramente de su propio bolsillo.- Ante el deseo de ser padres nuevamente retomaron el tratamiento y solicitaron a la obra social la cobertura de mantenimiento anual y transferencia de los preembriones, petición que fue denegada por Seros con fundamento en la resolución interna n° 1120/13, punto 7° del anexo, que establece que el cese de la cobertura de los tratamientos cuando alguno diera como resultado un nacimiento, ?en razón de haberse cumplido el objeto perseguido por la ley?. Invocan que tal disposición es violatoria de las leyes 25.673 y 26.862, fundan extensamente haciendo mención de los distintos derechos constitucionales que entienden vulnerados, ofrecen prueba y solicitan que se haga lugar a la demanda interpuesta.- A fs. 39 se declara la admisibilidad preliminar de la pretensión de amparo y se corre traslado por el plazo de cinco días, y a fs. 56/61 se presenta el Instituto de Seguridad Social y Seguros y contesta la demanda interpuesta en su contra. Luego de una negativa general y pormenorizada de los hechos afirmados en el escrito inicial, destaca que el Instituto se adaptó a las previsiones de la ley 26.862 y pasó a brindar una cobertura de alta complejidad al 100% de los gastos de medicamentos y honorarios médicos.- Agrega luego que la circunstancia de que los afiliados ya hubieran tenido un hijo con anterioridad a la solicitud de tratamiento significa que pudieron constituir una familia, razón por la cual se rechazó el pedido de cobertura. Señala que la obra social tiene sus recursos económicos distribuidos eficientemente para reconocer todos los derechos de sus afiliados en un pie de igualdad, no debiendo afrontar gastos para el cumplimiento de deseos personales de éstos. Dice que la decisión de tener otro hijo obedece más a un deseo personal que a una cuestión de salud, ya que la descendencia y la formación de una familia quedó garantizada con la presencia de la primogénita de los demandantes, debiendo el Instituto dar prioridad a aquellas parejas que aún no han podido concebir un hijo, y no a una familia ya constituida cuyo deseo es ampliar la descendencia.- Indica que el reconocimiento de la pretensión de los actores agotaría los recursos económicos limitados con que cuenta la obra social, afectando así el acceso a la cobertura de otros afiliados que aún no tienen hijos. Añade que por aplicación del principio de solidaridad, se intenta lograr el mayor alcance de la cobertura de los afiliados en general y en condiciones de igualdad, ya que de lo contrario se estarían otorgando privilegios a cierto grupo de personas por sobre otros.- Se pregunta que sucedería si en lugar de un hijo, los demandantes tuvieran dos o tres e igualmente solicitaran la cobertura, contestándose que indudablemente la pretensión sería rechazada porque ya cuentan con descendencia y la familia está constituida.- Se expone sobre el manejo de los recursos económicos, la situación deficitaria de Seros y la necesidad de cumplir con una planificación progresiva de los gastos conforme a los ingresos, para advertir a continuación que los actores desprecian toda la reglamentación que rige a la obra social, pretendiendo un trato privilegiado con respecto al resto de los afiliados. Asevera también que no se ha acreditado la imposibilidad económica de afrontar el gasto de mantenimiento de criopreservación ni el tratamiento de descongelamiento y transferencia, dado que los demandantes perciben un salario de \$....- Finalmente cuestiona la admisibilidad de la vía intentada advirtiendo que el proceso ordinario es el idóneo para tramitar la demanda, peticiona en subsidio que en caso de que se condene a cubrir el tratamiento se evalúe la conveniencia de realizarlo con los prestadores de la parte demandada, ofrece prueba y funda en derecho.- A fs. 64 y 65 se celebran dos audiencias de conciliación, y ante la imposibilidad de arribar a un

acuerdo, se dicta en la segunda audiencia la providencia de autos para sentencia, quedando la causa en estado de resolver.- Y

CONSIDERANDO: I.- Que conforme a los términos en que ha quedado configurada la relación jurídica procesal, es útil precisar que la cuestión a resolver se circunscribe básicamente a verificar si el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut ha incurrido en un acto de ilegitimidad manifiesta al negarse a brindar la cobertura íntegra del tratamiento de reproducción humana asistida reclamado en la demanda.- Con respecto a la idoneidad de la pretensión amparista, cuestionada por la obra social demandada en el punto IV, ap. 7º, del escrito de contestación, cabe mencionar que dicha parte ha consentido tácitamente la providencia de admisibilidad preliminar dictada a fs. 39 por la Sra. Jueza subrogante, al no interponer el recurso de apelación previsto por el art. 11 de la ley V N° 84. Nótese que este precepto legal admite el recurso contra aquella resolución sin distinguir entre la que rechaza o admite formalmente la demanda, rigiendo por lo tanto el principio jurídico ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus.- Acorde a esa pauta hermenéutica, el intérprete no debe hacer distinción alguna allí donde el legislador no lo hace, no siendo admisible que so pretexto de realizar la interpretación de la norma se altere su sentido, toda vez que no resulta válido, en nuestro sistema legal, llegar a conclusiones diversas a las que ella consagra, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que ellas sean (C 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 10/7/2008, LL Online, 14/147213).- Correctamente se ha dicho que una solución en contrario implicaría que la inadmisibilidad del amparo sólo puede ser decidida por el juez de oficio, lo cual, además de irrazonable, resulta disvalioso, pues se dejaría al accionado sin la posibilidad de articular defensas, con un evidente menoscabo de garantías constitucionales (Gerosa Lewis, Ricardo, ¿El amparo en la Provincia del Chubut?, p. 137).- En esta dirección, ha de considerarse que de acuerdo al principio de preclusión, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases, dentro de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquellos que se ejecutan fuera del período que les está asignado (Palacio, Lino, ¿Derecho Procesal Civil?, t. I, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 204).- Por ende, la preclusión opera como un impedimento o una imposibilidad de reeditar las cuestiones que ya han sido objeto de tratamiento y resolución anterior, constituyendo un instituto que garantiza uno de los principios que debe privar en toda causa judicial, esto es, la seguridad, consistiendo aquél en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para que tenga lugar su ejercicio (Sup. Corte Bs. As., 4/3/2015, Juba sum. B3950796).- En otras palabras, no se puede pretender retrotraer el estado del juicio a etapas ya firmes y concluidas, ignorando los efectos que la preclusión ha generado sobre sus posibilidades de acción, efectos que se erigen ajenos a la voluntad de las partes y en resguardo del principio esencial de seguridad jurídica, el que se manifiesta a través de la firmeza de los actos procesales, evitando la incertidumbre de la reedición infinita del litigio y la prolongación ¿sine die? de la definición del proceso (C 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 11/3/2010, Juba sum. B1403202).- Es así que consentido tácitamente el decreto de admisibilidad preliminar, operó indudablemente la preclusión sobre cualquier planteo posterior vinculado a la idoneidad de la vía procesal del amparo, al no haber la parte demandada ejercido la facultad procesal de apelar dentro del plazo fijado por la ley para ello.- Efectuadas aquellas disquisiciones sobre los requisitos extrínsecos de la pretensión de amparo, e ingresando entonces al planteo de fondo que se presenta directamente como una cuestión de puro derecho, debo recordar que la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, a la que adhirió nuestra Provincia a través de la ley I N° 503, establece en su art. 1º que su objeto consiste en ¿garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida?.- Delimitando los alcances de la cobertura, el art. 8º enumera las prestaciones obligatorias que deben brindar los distintos agentes que proporcionen servicios médicos- asistenciales, entre los que se encuentra la parte demandada (art. 2º, ley I N° 503), mencionado a ese efecto a ¿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: 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...?.- Por su parte, el art. 8º del decreto reglamentario 956/2013 impone el único límite a la cobertura, al prescribir 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. Además, regula que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, cumpliéndose como mínimo tres intentos previos salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de las técnicas de mayor complejidad.- Como puede verse, en ningún segmento de la ley o de su decreto reglamentario se estatuye el límite alegado por la obra social demandada como hecho impeditivo al progreso de la pretensión amparista.- Y en verdad, ninguna disposición legal o reglamentaria podría contener semejante restricción, sin afectar gravemente los derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva, y a aprovechar los avances científicos.- La obra social no ha

reparado suficientemente que el punto 7° del anexo de la resolución n° 1120/13, en cuanto establece el cese de futuros intentos de fertilización asistida y criopreservaciones cuando alguno de los tratamientos diera como resultado un nacimiento ¿en razón de haberse cumplido el objeto perseguido por la ley?, trasciende como un inadmisibles límite a la reproducción humana asistida de los afiliados al fijar un tope al número de hijos que pueden concebir a través de estas técnicas, que de ningún modo puede mantenerse en el marco de un Estado Constitucional de Derecho que se edifica desde el principio ético jurídico de autonomía y dignidad personal, y máxime cuando la ley 26.862 introduce un deber positivo de actuación a cargo de la obra social, tendiente a que se facilite procrear a las personas que biológicamente no pueden hacerlo sin acudir al tratamiento.- Si el Estado Federal ha establecido una obligación positiva, reconociendo a sus ciudadanos un derecho de neto contenido prestacional a cargo de los distintos agentes que integran el sistema de salud, la restricción defendida por el Instituto de Seguridad Social y Seguros y sus expresiones volcadas en la contestación de demanda acerca de que la familia de los demandantes ya está ¿constituida? con el nacimiento de su hija, y que éstos reclaman un trato de ¿privilegio?, representan una intromisión ilegítima en el derecho de los afiliados a la planificación familiar y a la libertad de procreación, que protegen sus posibilidades de autodeterminación para que decidan, sin ninguna clase de interferencia estatal, todos los aspectos relacionados con la reproducción humana en la forma que les parezca y siempre que sus actos no afecten a terceros, incluyendo el número de hijos que procrearán y la opción sobre la fuente de la filiación, es decir, si la concepción será natural o mediante la utilización de técnicas de fertilización asistida.- Una de las mayores especialistas en Iberoamérica sobre los aspectos jurídicos de la reproducción humana asistida, Esther Farnós Amorós, explica que el contenido esencial de los derechos reproductivos es el derecho a procrear, que abarca la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y medios adecuados para su realización. El derecho a procrear es, por tanto, un derecho de contenido complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico (Farnós Amorós, Esther, ¿Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones?, Atelier, Barcelona, p. 48).- En ese plano de las determinaciones autónomas de una persona vinculadas con el ejercicio de los derechos reproductivos, el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) reconoce claramente a través del art. 16, inc. ¿e?, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que los Estados partes deberán asegurar ¿en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos? (El subrayado me pertenece).- De ahí que se postule concretamente la existencia de un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, cuyo reconocimiento determina el deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación (Famá, María Victoria, ¿Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas?, DFyP 2013 [agosto], 104).- Sobre estas premisas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el reconocido caso ¿Artavia Murillo?, estimó que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud, y que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 146).- En relación con el derecho a la integridad personal, se argumentó en el referido precedente transnacional que la salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, cit., párr. 147).- Recordó además la Corte que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, expresó que ¿los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva?, agregándose luego que ¿la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre

y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos? (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, cit., párr. 147).- Y en uno de los segmentos más importantes del mentado leading case en la materia que nos ocupa, el tribunal interpretó que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. En palabras dichas a la medida del sub discussio, precisó con toda razón que "conforme al art. 29.b de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona? (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, cit., párr. 149).- Se colige de lo expuesto que el Instituto de Seguridad Social y Seguros ha incurrido en un acto de ilegitimidad manifiesta al instaurar en perjuicio de los demandantes un límite a su fecundidad por razones presupuestarias de la obra social, que no se condice con el conjunto de reglas, principios y valores que emergen de nuestro firmamento constitucional, vulnerando las directivas sentadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el debido respeto a la libertad reproductiva de las personas, y los preceptos de la ley 26.862 que, en calidad de medida de acción positiva (art. 75, inc. 23, Const. Nac.), garantizan el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.- Analizados los escritos obrantes en la causa y las explicaciones brindadas por las partes en las dos audiencias, tengo para mí que como consecuencia de una supuesta situación deficitaria que no ha sido acreditada en este trámite procesal, Seros lleva adelante una política institucional consistente en denegar la cobertura integral de las técnicas de reproducción humana asistida a los afiliados que ya tienen un hijo, con el argumento de destinar los recursos económicos para cubrir esas mismas prestaciones con relación al resto de los afiliados que no tienen descendencia.- Sin embargo, el ente autárquico no ha ofrecido ni producido ningún elemento hábil de convicción que demuestre, siquiera sumariamente, que el costo de la cobertura del tratamiento pretendido por los amparistas involucre una limitación a iguales prestaciones de otros afiliados a la obra social (art. 381, CPCC).- En cualquier caso, las disposiciones de orden público de la ley 26.862 no autorizan que los agentes del sistema de salud que deben garantizar el acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, puedan invocar un desbalance económico para eludir el cumplimiento de tales obligaciones positivas.- Y cierto es que Seros cuenta con aportes estatales, provenientes de las contribuciones especiales de la Provincia que se fijan en la Ley de Presupuesto Anual y que se destinan a la conformación del fondo para el financiamiento las prestaciones que legalmente se encuentra obligada a suministrar, que incluye además los aportes de los afiliados y del Estado en su calidad de empleador, así como otros eventuales ingresos derivados de intereses, rentas, dividendos y utilidades provenientes de fondos disponibles y de inversiones y/o donaciones (art. 16, ley XVIII N° 12; art. 26, decreto 337/77).- Cabe agregar que ambos amparistas son afiliados obligatorios al sistema estatal de salud provincial (arts. 3° y 12, ley XVIII N° 12), que no brinda ninguna posibilidad para sus adherentes compulsivos de elegir otra obra social que, a su criterio, brinde una respuesta más satisfactoria a sus requerimientos puntuales. Ese diseño legal trae como contrapartida la imposición de mayores obligaciones al Instituto prestador, acorde con la cautividad impuesta a sus afiliados, pues de otro modo la Provincia se estaría marginando del carácter integral, necesario y totalizador que la seguridad social debe tener para asegurar a todos los adherentes obligados al sistema la asistencia médica acorde en caso de enfermedad (Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 4/9/2008, LL Online, AR/JUR/18485/2008).- O sea, son más severas las exigencias impuestas a una obra social que tiene ligados a ella obligatoriamente a sus destinatarios que las que cabe admitir en las que existe libertad asociativa, ya que estas últimas autorizan periódicamente el cambio del ente prestacional que tutela el derecho del afiliado permitiendo a éste la elección de la que más le convenga, dentro de un espectro amplio de entidades que se ofrecen para ser escogidas. Por ende, es indudable que la restricción de servicios imprescindibles para la adecuada atención del paciente fundado en razones económicas o presupuestarias del Instituto puede ser arbitraria, en tanto no se recaben de él prestaciones manifiestamente incompatibles con el carácter que deben tener las mismas o groseramente exagerados sus montos al extremo de tratarse de una solicitud desmedida o irracional la del afiliado (Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 4/9/2008, cit.).- En tal situación, el rechazo del tratamiento solicitado por los amparistas, bajo el pretexto de que la descendencia ya está garantizada con el nacimiento de una hija, no es más que la constatación de que se han vulnerado en el caso concreto las opciones reproductivas de los afiliados, consustanciales a su proyecto de vida personal y familiar, aspectos que se vinculan estrechamente con los conceptos de privacidad y realización personal amparados por el art. 19 de la Constitución Nacional.- La decisión del número de hijos que desean concebir corresponde sólo a los demandantes en el ejercicio de su libertad

reproductiva, proyecto parental que exige para su concreción que Seros aporte los medios económicos necesarios para sufragar los gastos que se derivan del empleo de las técnicas de fertilización asistida, en los términos previstos por los arts. 1° y 8° de la ley 26.862, que reconocen un derecho prestacional para hacer realidad el deseo de las personas de ser padres genéticos.- Es muy preocupante que la obra social de la Provincia desconozca abiertamente los derechos de sus afiliados, consagrados en normas constitucionales y legales que no dejan resquicio alguno para interpretaciones desenfocadas como las propiciadas por la parte demandada.- Pero es mucho más grave cuando la respuesta denegatoria se apoya en la fijación por el directorio de Seros de un límite para concebir en los afiliados que necesitan de estas técnicas. No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta que la gran mayoría de los adherentes compulsivos a la obra social tiene enormes barreras económicas para afrontar el elevado costo de estos procedimientos médicos complejos, por lo que la interpretación legal que propone el Instituto en su contestación de demanda implica en los hechos que determinados afiliados concebirán un solo hijo por técnicas de reproducción asistida, y siempre que carezcan de descendencia previa, lo que evoca - más allá de las diferencias - a la conocida "política de hijo único", actualmente en reconsideración por la República Popular China luego de la promulgación en el año 2002 de la Ley sobre la Población y Planificación Familiar, y que se desarrolló en ese país asiático a partir de la revolución comunista de 1949 para evitar la superpoblación, con la implementación de la prohibición de acceso a ciertas prestaciones del sistema de salud y otras ayudas sociales, entre varias medidas.- La obra social ha adoptado y defendido en este caso concreto una medida antinatalista a la que debe ponerse punto final con esta sentencia. La califico de acción estatal antinatalista inconstitucional, porque así debe llamarse sin ambages a la interferencia ilegítima de un ente autárquico del Estado Provincial en las decisiones procreacionales de sus afiliados obligatorios con respecto al número de hijos que pueden concebir por técnicas de reproducción humana asistida, y con más razón todavía cuando asevera con un lenguaje descuidado que los amparistas ya constituyeron su familia y pretenden un trato de "privilegio" al reclamar la cobertura del tratamiento médico para procrear un segundo hijo.- A tenor de algunas expresiones que se leen en su contestación de demanda, la obra social no ha caído todavía en que la ley 26.862 no considera a las técnicas de reproducción humana asistida como modo de paliar un problema de esterilidad. Al respecto, dos grandes juristas de nuestro país señalan certeramente que la citada ley no se centra en la noción de "infertilidad" sino - y de manera más amplia - en el derecho de acceso a las técnicas para alcanzar la maternidad/paternidad, con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación, ya que no es la patología o una "cuestión de salud" la que está presente en toda situación a la cual se apela al tratamiento, como acontece cuando se trata de una pareja integrada por dos personas del mismo sexo, o incluso, en la gran mayoría, de mujeres solas para las que estas técnicas son un modo más de formar una familia monoparental (Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora (dir.) "Tratado de Derecho de Familia", t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 404/405).- Ello se visualiza cabalmente con el simple repaso de los fundamentos del decreto reglamentario de la ley 26.862, en donde se señala que esta normativa "se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa?.- De mantenerse las limitaciones que instaura la obra social a través de su resolución n° 1120/13, desconociéndose las obligaciones positivas establecidas por la ley 26.862, aquellos grupos de afiliados (parejas heterosexuales con problemas de infertilidad, parejas de mujeres, y mujeres solas) verían frustrado su derecho a la vida familiar si, en definitiva, aspiran a concretar un plan parental que comprenda la concepción de dos o más niños.- Seros tiene asignada la importantísima función social de garantizar el acceso a las prestaciones asistenciales y de salud de los trabajadores de la Administración Pública provincial y municipal, y sus entes descentralizados, permitiendo el goce efectivo de los derechos constitucionales a la vida, salud e integridad. Obviamente, esa trascendental misión no se satisface cuando frustra el proyecto de vida personal y familiar de sus afiliados, interfiriendo sobre el número de hijos que pueden procrear al denegarles el tratamiento de fertilización asistida que por derecho corresponde.- en virtud de lo establecido por la ley 26.862.- En lo tocante a la oposición subsidiaria planteada en el punto VI de la contestación de demanda, el Instituto demandado no ha cumplido con una elemental carga de alegación y prueba acerca de los prestadores que ofrece para cumplir con el tratamiento pretendido por ambos amparistas.- De acuerdo a la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar - y poner a disposición - una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio (CSJN, 27/11/2012, LL Online, AR/JUR/72014/2012).- Corroborando esa interpretación, se ha dicho también en nuestra jurisprudencia que el paciente que requiere la cobertura de una prestación determinada sólo debe probar la prescripción profesional respectiva y su carácter de afiliado a la obra social demandada, en tanto recae sobre ésta última el deber de invocar y agregar elementos suficientes para crear convicción de que puede proveer prestaciones de jerarquía técnica igual o mayor a través del prestador propuesto (CNCiv.Com.Fed., sala de feria, 4/1/2013, LL Online, AR/JUR/5867/2013).- De igual modo, la casación bonaerense ha razonado con acierto que la obra social demandada debe proponer como alternativa a alguno de sus

prestadores que pueda proporcionar al menos un tratamiento integral análogo al recibido por medio de los profesionales cuyos honorarios la actora solicita sean cubiertos (Sup. Corte Bs. As., 24/4/2013, LL Online, AR/JUR/15954/2013).- El ente autárquico prefirió realizar en el escrito de contestación de demanda una acotadísima enunciación del planteo defensorista, en lugar de cumplir en su exclusivo interés con la carga de afirmación del hecho impeditivo opuesto en subsidio a la pretensión amparista, omitiendo especificar pormenorizadamente el nombre y calidad de los prestadores que se ponían a disposición de los afiliados para atender el tratamiento de reproducción humana asistida.- A mérito de lo expuesto, ante la ilegitimidad manifiesta en que ha incurrido la parte demandada, corresponde hacer lugar a la demanda y condenar al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut a brindar a los amparistas la cobertura integral de los gastos de criopreservación anual, descongelamiento y transferencia de dos ovocitos bipronucleados vitrificados, a realizarse en el ... de la ciudad de Córdoba.- II.- Las costas se impondrán a la parte demandada por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 17, ley V N° 84). Tomando como criterio de valoración la calidad, eficacia, extensión y resultado obtenido, se regularán en conjunto los honorarios de los Dres. M., Y. y M. en la suma de \$..., con más el IVA si correspondiere (arts. 6°, 7°, 8° y 35, ley XIII N° 4), no correspondiendo regular a los letrados que intervinieron por el Instituto de Seguridad Social y Seguros en función de lo dispuesto por el art. 2° de la ley III N° 4.- Por los fundamentos expuestos y citas realizadas FALLO: I.- Hacer lugar a la demanda de amparo, y en consecuencia, condenar al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut a brindar a los amparistas la cobertura integral de los gastos de criopreservación anual, descongelamiento y transferencia de dos ovocitos bipronucleados vitrificados, incluyendo la totalidad de los gastos pre y post quirúrgicos, a realizarse en el ... de la ciudad de Córdoba.- II.- Imponer las costas a la parte demandada y regular en conjunto los honorarios de los Dres. M., Y. y M. en la suma de \$..., con más el IVA si correspondiere. No se regulan honorarios a los letrados que intervinieron por el Instituto de Seguridad Social y Seguros en función de lo dispuesto por el art. 2° de la ley III N° 4.- III.- Regístrese y notifíquese.- Martín Benedicto Alesi Juez Nota: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 001044E