

Derecho A La Salud Fertilizacion Asistida Obras Sociales Cobertura Medica Responsabilidad Del Estado Aplicacion De Tratados Internacionales

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Fertilización asistida. Obras sociales. Cobertura

médica. Responsabilidad del Estado. Aplicación de tratados internacionales Se condena a la obra social demandada a brindar a la accionante la cobertura total de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y donación de semen, en el número de intentos que sea necesario para lograr un embarazo a término, dentro del límite de los tres establecidos por ley, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos, no debiendo transferirse más de dos embriones por intento.

Salta, 20 de abril de 2018.- Y VISTOS: Estos autos caratulados ?C., L. A. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - Amparo?, Expte. N° 614.717/17 de esta Sala Tercera en trámite por ante el doctor Marcelo Ramón Domínguez, RESULTANDO I) A fs. 43/47 se presenta la señora L. A. C., con el patrocinio letrado de la doctora Sandra Carina Romero, promoviendo acción de amparo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin de que se ordene la cobertura integral -del 100 %- de todos los gastos que requiere el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y donación de esperma en el número de tres tratamientos anuales, incluyendo gastos de internación y medicamentos para la preparación de la receptora y para la obtención de ovocitos de la donante, internación y seguimiento del embarazo de la receptora y reintegro de los gastos realizados, todo ello en cumplimiento de lo establecido en la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13.

Relata ser soltera, con 44 años de edad al momento de su presentación y con grandes deseos de ser madre. Explica que desde el años 2015 comenzó a realizarse estudios ginecológicos tendentes a una fertilización in vitro mediante donación de esperma por no contar con una pareja; que en ese contexto, se le detectó una disminución de óvulos, razón por la cual se sometió a un tratamiento hormonal folículo estimulante para contar con óvulos propios, realizando paralelamente las presentaciones pertinentes ante el instituto demandado con el objeto de obtener la cobertura de la donación de esperma, dado su carácter de afiliada forzosa por ser empleada pública. Aduce que la obra social solo cubre el 80 % del costo de la donación de esperma, debiendo el resto afrontarlo con su peculio, ya que el coseguro con el que cuenta tampoco lo cubre, y que aquella únicamente solventó el 80 % de los gastos médicos y de medicación del tratamiento hormonal al que se sometió previamente, pagando su parte el saldo restante. Asegura que al finalizar dicho tratamiento, se determinó que su reserva ovárica está completamente disminuida y que carece de óvulos propios, de allí que alternativamente, se le ofreció como opción la ovodonación y su fecundación mediante alta complejidad, otorgando para ello su consentimiento libre e informado. Argumenta que dado ese nuevo diagnóstico, intentó plantear la necesidad de la ovodonación en las actuaciones administrativas ya iniciadas ante el Instituto, pero le manifestaron verbalmente que eso no estaba contemplado en la obra social, sin quererle recibir los estudios médicos respectivos; que por tal motivo, el 13 de noviembre de 2017 presentó una nota solicitando explicaciones al respecto; que un mes después y ante reiteradas concurrencias personales para obtener una respuesta, fue citada por la Auditoría Médica, que le explicó que ese tratamiento no estaba contemplado en la cobertura por no contar la Provincia con un banco de gametos, no obstante lo cual, le solicitaron unos estudios para analizar su caso particular y que, si bien le dijeron que le comunicarían verbalmente la procedencia de su solicitud a la brevedad, no lo hicieron en el tiempo prometido ni dieron respuesta a su nota. Afirma que por su edad, resulta imperioso el inicio del tratamiento para lograr su eficacia, teniendo en cuenta que es aconsejable hasta los 50 años; que la ovodonación consiste en la obtención de ovocitos fértiles a través de una donante con la cual ya cuenta el Centro Vital Medicina Reproductiva, la que tiene similares características que la receptora; que la donante se somete previamente a estudios médicos de aptitud y a un tratamiento de estimulación hormonal, cuya cobertura de medicación y prácticas médicas no son cubiertas por la obra social, extrayéndose al final los óvulos fértiles mediante punción con anestesia, los que son conservados para su fertilización in vitro con el esperma donado y posterior cultivo e implante en la receptora, mediante previa preparación hormonal para recibir el embrión. Expresa que los costos de la ovodonación son iguales si la obtención de óvulos fértiles se realizara con óvulos propios de la gestante, por cuanto se aplica el mismo procedimiento de folículo estimulación, punción y conservación y que, al no contemplar la obra social los gastos de la donante en medicamentos, internación y estudios de aptitud, se incurre en una discriminación arbitraria por tratarse de idénticas técnicas. Asegura que la donación de semen, consistente en la entrega de distintas muestras que serán utilizadas en el futuro para tratamientos de reproducción asistida, es gratuita y voluntaria sobre la base de un consentimiento informado, relacionándose su costo con los estudios del donante, la criopreservación y transporte de la muestra y que, a partir de los lineamientos sentados por la Organización Mundial de la Salud en torno a la Reproducción Medicamente Asistida, debe considerarse que dentro de las previsiones del artículo 8 de la Ley 26.862 y del Decreto reglamentario N° 956/13, se encuentra incluida la criopreservación de ovocitos y embriones y su

donación. En abono de su pretensión invoca su derecho a la salud reproductiva, a la vida y a la protección integral de la familia. Por último, alega haber afrontado en el 20 % de los gastos derivados del tratamiento folicular al que se sometiera liminarmente y de obtención de esperma, por un importe total de \$ 19.348,27, cuyo reintegro solicita. A fs. 121/129 vta. se agrega el informe circunstanciado presentado por el apoderado letrado del Instituto Provincial de Salud. En primer lugar, pide se cite como tercero interesado a la Asociación Trabajadores del Estado por ser el coseguro de la actora y que, una vez ejercido su derecho de defensa, se lo condene a la cobertura del 20 % del costo de las prácticas de FIV solicitadas, aclarando que el Instituto otorga cobertura del 80 % de ellas. Seguidamente, argumenta que la amparista no ha tenido en cuenta que la obra social ya reconoció y autorizó las prácticas requeridas con cobertura del 80 % a su cargo, tanto del tratamiento de fertilización asistida con óvulos no propios, como de la medicación para ese tratamiento, y que al parecer, el conflicto se suscita con lo dictaminado por la Junta Médica en punto al 20 % restante a cargo de la afiliada, ya que en todo lo demás que pide, a saber, honorarios médicos, medicación necesaria y costo de la ovodonación y donación de semen, su cobertura se integra con un 80 %, advirtiendo que su pedido es efectuado sin contemplar lo establecido en el Decreto Reglamentario de la Ley 26.862, es decir, pretendiendo el reconocimiento de prestaciones que no corresponden por no estar incluidas en las leyes que regulan la F.I.V. Recalca que en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 26.862 y en el marco de las competencias no delegadas por la Provincia a la Nación, la obra social procedió a nombrar las prácticas correspondientes al tratamiento de Fertilización Médicamente Asistida mediante la Resolución N° 29-D/2014, las cuales tienen una cobertura del 80 %, siendo el 20 % restante a cargo del afiliado en concepto de copago o de la institución del coseguro y que idéntica cobertura se brinda a la medicación inherente a ese tipo de tratamiento. En torno a la ovodonación y la donación de esperma, aclara que el instituto demandado no brinda cobertura en la medida que no se de estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 956/13, vale decir, que los gametos o embriones donados provengan exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud del Ministerio de Salud y no así cuando provienen de donantes elegidas y seleccionadas en función de criterios no dados a conocer. Sostiene que su mandante viene dando cumplimiento con la normativa que regula el caso de autos, brindando cobertura al tratamiento de fertilización asistida en base al Acta Acuerdo firmada con los centros de reproducción asistida de nuestra Provincia, inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud de la Nación, en la que se establecieron códigos y valores de los diferentes módulos, criterios de inclusión y exclusión, documentación necesaria para la evaluación de los casos, prácticas excluidas y normas de procedimientos; que, en virtud de ello, el marco prestacional por el cual se garantiza el acceso a las prácticas de fertilización asistida exige acudir, en caso de ser necesario, a bancos de gametos registrados en el ReFES y que por lo tanto, el pedido de cobertura de fertilización con estimulación ovárica para la donante, debe ser realizado a través del procedimiento de ovodonación conforme a lo previsto por la Ley 26.862 y su decreto reglamentario. Postula que la Ley Provincial N° 7.964 tampoco impone al Instituto que representa la obligación que la amparista pretende, de cubrir el 100 % de la técnica y práctica solicitadas, por lo que solicita se rechace la acción de amparo interpuesta, ya que la obra social -agrega- cumple con la normativa vigente, que asimismo establece que el afiliado debe afrontar el 20 % del costo. Manifiesta que en las diferentes etapas de la F.I.V. con óvulos donados no se menciona ningún tipo de reconocimiento para la criopreservación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto N° 956/13 y que en el marco de la normativa aplicable, la estimulación ovárica, los fármacos para tal estimulación, la ovodonación en general y la donación de semen de donante anónimo, no forma parte de dicho tratamiento. Repara que el derecho a la salud debe analizarse en estrecho contacto con la realidad del caso concreto, entendiéndose asimismo que el obrar de su parte se encuentra regido por el principio de solidaridad, el cual hace necesario un uso proporcional y cuidadoso de sus recursos para brindar el servicio de salud a todos los afiliados, ya que de no ser así, tal solidaridad se tornaría ilusoria, y que el citado principio que rige el régimen de los aportes forzosos, de raíz constitucional, se sostiene a través del pago del coseguro reglamentado en el Decreto N° 3402. Puntualiza que su representado no puede responder económicamente por el 100 % de la práctica solicitada, ya que debe primar la estabilidad financiera y prestacional de la institución y que, además, al tiempo de resolver la cantidad de intentos, cabe considerar la edad de la paciente (44 años) y el grado de afectación psicológica que se le genera, dado las pruebas negativas en el tratamiento. Respecto de la pretensión de reintegro, asegura que la amparista nunca reclamó en sede administrativa el importe que ahora demanda judicialmente; que al ser del 20 %, corresponde que se lea reclamado al coseguro y no a su parte y que, además, la acción de amparo no es la vía para canalizar un reclamo de esa naturaleza. A fs. 130 se rechaza el pedido de citación a tercero requerido por el Instituto Provincial de Salud de Salta. A fs. 134/138 corre agregado el dictamen del señor Fiscal de Cámara, quien se expide por la procedencia de la acción intentada por los motivos que allí explicita. A fs. 139 se llaman autos para sentencia, providencia firme. **CONSIDERANDO** I) Dado que el presente guarda similitud con otros casos ya resueltos por el Suscripto y muy concretamente con ?E., M.L; D., A. A. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta - Acción de amparo?, Expte. N° CAM 510.658/15 de esta Sala, sentencia de fecha 22/05/15, (CApel.

CC. Salta, Sala III, t. 2015 Def., f° 279/293), transcribo a renglón seguido lo señalado en el precedente, en orden a los lineamientos constitucionales a tener presente (en concreta alusión a los tratados internacionales sobre derechos humanos en juego en la materia, disposiciones legales -tanto nacionales como dictadas en nuestra Provincia- y normas reglamentarias, cuanto al criterio jurisprudencial y doctrinario que rige y prima en la materia). II) La acción de amparo - Su caracterización: la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (artículo 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (artículo 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (artículo 89 de la Carta Magna local). En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125 - 544 y doctrina de Fallos 294 - 152; 301 - 1061, 306 - 1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233). III) El derecho a la salud -Su resguardo constitucional-: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2006), recalcó 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 trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1.985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su resguardo y protección surgen de varias normas de la Constitución Nacional, en particular de los artículos 41, 42, 75 incisos 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus artículos 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, artículos 3 y 25 inciso 2°, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 incisos 3° y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Federal dijo que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que fuera tutelado y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi públicas (conf. CSJ Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello ¿el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga? (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323: 1339). Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que ¿...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la 'letra' del texto no lo tenga escrito...? (Bidart Campos, Germán, Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, La Ley, 2002-C, 628). Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: la indemnidad del paciente (artículo 1.198 del Código Civil -de Vélez, ha de entenderse-, artículos 4 y 5 de la Ley de Defensa del Consumidor y artículo 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida. Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en ¿Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta? (CJS, Tomo 120:363) en donde -en lo que al caso interesa- se dijo en el considerando 6° que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada. Afirmando este rumbo, la Corte

Federal ha sostenido que: ¿en orden a lo anterior que, si bien a propósito de un reclamo vinculado con prestaciones alimentarias a favor de un menor, V.E. interpretó que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los organismos a que se hizo referencia en el acápite anterior y en ese lapso quedaran desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122, etc.); la suspensión de los cuales, como recuerdan con cita de preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los ministros López y Moliné O'Connor, no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (Fallos: 324:975)? (del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Martín, Sergio G. y otros c. Fuerza Aérea Argentina?", sentencia del 08/06/2004, Fallos Corte: 327:2127, publicado en La Ley Online). Se señaló al respecto que ¿La aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía- tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional, pues, si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto el objeto del amparo, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales? (del dictamen de la Procuradora Fiscal que el Alto Tribunal, por mayoría, hace suyo en sentencia dictada el 09/06/2009, Causa ¿Rivero, Gladys Elizabeth?, publicado en La Ley online, Fallos de la Corte Premium). Ha precisado la Corte Címera que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 4-7-85, ¿Cerámica San Lorenzo S.A.?, L.L. 1986-A-178, y E.D. 115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. Año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212- 160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: Parte General, Bs. As., Ed. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: El Proceso Justo, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot-, La Plata -Librería Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C- 8 808, ap. I; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1990, f° 389; id. id. t. 2002, f° 244, id. id. t. 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su artículo 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud se encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (artículo 75 inc. 22). Ha de considerarse que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (Derechos y garantías. La Ley del más débil, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006). Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, están en juego los valores eminentes de la vida, la dignidad y la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant (en su artículo Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, publicado en J.A. 1999 - III - 363), quien afirma que el término ¿salud? comprende las aptitudes físicas, psíquicas y morales que permiten al hombre desarrollarse como tal. Quizá con un criterio más amplio, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha definido la salud como: ¿un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica? (Convención 10 del 22 de julio de 1946). Y merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, ¿la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social?. De tal forma, el término ¿derecho humano a la salud? expresa hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida. Siempre, el ser humano tiene derecho a la salud y a su integridad física, psíquica y espiritual, desde que no constituye solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Así, se ha sostenido que el derecho a la

salud pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación" pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota: Proyecciones del derecho humano a la salud en E.D. t. 128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el artículo 41: "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades. A su turno, el artículo siguiente (artículo 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (artículo 10), a la intimidad personal y familiar (artículo 17), a la libertad personal (artículo 19), a la protección de la familia (artículo 32), a la tutela de la infancia (artículo 33) "cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación", a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas. Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos. IV) Las acciones positivas - El rol del Poder Judicial: Hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional -artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y en el artículo 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el artículo 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en Diario La Ley, 2002-E, 374). Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad - artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-. Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (artículo 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los artículos 37, 43 y 75 - incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden se consagre la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado. Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros). La Corte Federal ha destacado que: "el Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito" (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo", sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552)(Considerando 8º de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires, publicado en: La Ley 20/10/2008, 20/10/2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135). V) El Instituto Provincial de Salud - Su rol: deberes y obligaciones: Es dable tener prioritariamente en cuenta

que el Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil y Comercial establece para las personas jurídicas públicas (artículo 1° Ley N° 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto ?la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma?,... ?eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social? (artículo 2°). De más está decir que la Ley de creación del Instituto Provincial de Salud ha receptado la figura del seguro social, a los efectos de procurar para todos los afiliados y sin discriminación alguna, el pleno goce del derecho a la salud. Esta obra social, tiene obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados (forzosos) titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, paraestatales y municipales de la Provincia (artículo 5° apartado A - inciso a). Se trata, entonces, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial. Sin perjuicio de la referida doctrina de la Corte Federal, en cuanto a que las obligaciones estatales se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en el ámbito de la salud pública (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708; 331:2135), se considera de especial relevancia el hecho de que la demandada, como ente descentralizado del estado salteño, forma parte de la estructura estatal y, a través del mismo, la Provincia ha institucionalizado la forma de prestación de la cobertura de la atención a la salud de los agentes públicos que imperativamente afilia. Entonces, la creación de un ente autárquico como el Instituto Provincial de Salud de Salta, no puede servir de excusa para que incumpla sus obligaciones constitucionales y legales en el ámbito de la salud. Tampoco puede tener como consecuencia, que quienes aportan al sostenimiento de la obra social provincial tengan que deambular por dependencias públicas para obtener la asistencia adecuada, debiendo el ente descentralizado arbitrar todos los medios razonablemente a su alcance, incluida la obtención de auxilio financiero en el caso de ser necesario, para que la política provincial en el ámbito de salud y sus beneficios, lleguen a sus afiliados. VI) La solidaridad contributiva: Al respecto, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el máximo tribunal local desestimando tal planteo, con argumentos que resultan aplicables al caso y que en virtud del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Justicia Provincial me veo obligado a seguir. Concretamente dijo: ?que en referencia al agravio consistente en la alegada afectación del principio de solidaridad contributiva -en virtud del cual es necesario un uso proporcional y cuidadoso de los recursos con que cuenta la obra social para brindar el servicio de salud-, cabe señalar que la demandada no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. esta Corte, Tomo 114:603; 125: 401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (esta Corte, Tomo 99:185; 146:973)?. Esta Corte sostuvo, añadió el Tribunal, ?que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (cfr. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, págs. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso (cfr. Tomo 81:845; 114:903). Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos -distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos-, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (cfr. esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando no se ofrecieron argumentos relevantes para desvirtuar este criterio. Sobre el particular es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido demostrar, que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero que la obra social debe gastar para cumplir con la sentencia judicial y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, menos aún que ello pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios? (CJS Tomo 182:323). VII) La jurisdicción supranacional - Sus implicancias en el derecho interno: Ello sentado, me referiré a continuación de manera puntual al fallo del caso ?Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica? citado en su dictamen por el señor Fiscal de Cámara y a su incidencia en el derecho interno de nuestra Nación. La Corte Interamericana de

Derechos Humanos, resolvió condenar al estado demandado en tanto prohibía la utilización de las técnicas F.I.V. (fecundación in vitro) en el territorio del país demandado. Para ello realizó una interpretación del artículo 4.1 del Tratado dejando en claro el momento a partir del cual dicho Tribunal entiende se produce el comienzo de la vida. El texto de dicha norma dispone que ?toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente?, lo que había generado diversas interpretaciones sobre el alcance a dar a la frase resaltada. Al respecto, se concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Para ser más explícitos, por la incidencia que la cuestión tiene, dados los diferentes ámbitos donde irradia sus efectos, la Corte Interamericana observó que el concepto de ?persona? es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la ?concepción? y al ?ser humano?, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica. El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba que la fecundación in vitro transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de ?la concepción?. En efecto, la fecundación in vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implantación. Por tal razón, la definición de ?concepción? que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término ?concepción?. Una corriente entiende ?concepción? como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende ?concepción? como el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a corrientes que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a algún tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. No obstante lo anterior, la Corte Interamericana consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ?concepción?. Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo estadio se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ?ser humano?, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. En este sentido, la Corte entendió que el término ?concepción? no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ?Gonodotropina Coriónica?, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Internacional entendió el término ?concepción? desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, sostuvo que la expresión en general permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no habilita precisar el alcance de dichas franquicias. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la expresión ?toda persona? es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar estos preceptos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos postulados normativos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la tutela de la mujer. Por todo lo anterior, la

Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión (no implantado, agregó para aclarar aún más). En el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana se dice que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo. Por su parte, la fecundación in vitro es un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, para ser fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido ello, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia ellas para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en supuestos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante la fecundación in vitro son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno. El primer nacimiento de un bebé producto de la fecundación in vitro ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, fue reportado en 1984 en Argentina. Desde entonces, más de cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología. Asimismo, anualmente, se realizan millones de procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009 en el mundo. En Latinoamérica se estima que entre 1990 y 2010, 150.000 personas han nacido de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. Además, la Corte Interamericana destacó que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. 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. Considero oportuno entonces recordar la importancia de las acciones positivas y el rol que debe cumplir el Poder Judicial cuando la misma no es realizada de manera integral por los otros poderes del estado, con lo cual se da respuesta a lo dicho por la demandada, en cuanto a la imposibilidad de cobertura del 100% de su parte, al reconocer sólo y de manera parcial, el 80% de las prácticas incluidas en el Nomenclador de Prestaciones. Respecto de los derechos reproductivos, se indicó por la Corte Interamericana -y vuelvo al fallo en cita- que dichos 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. Finalmente, 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. 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 innecesarias y desproporcionadas para ejercer las decisiones reproductivas. La Corte consideró que el caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. Las doctoras Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, bajo el título: Discriminación indirecta en relación con el género, reparan que la Corte Interamericana considera que los estereotipos influyen en esta situación. Si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer. Aunque la prohibición de la fecundación in vitro no estaba expresamente dirigida a la mujer y, por lo tanto, parece neutral, tiene un impacto negativo sobre ella. El Tribunal no valida dichos estereotipos; sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Asimismo, considero de relevancia destacar lo señalado por las autoras sobre lo que intitulan discriminación indirecta en relación con la situación económica, al sostener que la prohibición de la fecundación in vitro tiene un impacto desproporcionado en las parejas o personas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para practicarla, que es precisamente el caso a decidir. Y al establecer las Conclusiones de la decisión y medidas ordenadas por la Corte Interamericana, afirman que la posición de la máxima instancia judicial de la región es precisa:

adopta una postura amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica. Por eso, declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas. En primer lugar, ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso. En segundo lugar, impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la fecundación in vitro, teniendo en cuenta los principios establecidos en su decisión. VIII) La vinculatoriedad de la decisión de la Corte Interamericana y la responsabilidad por su no cumplimiento de los Estados Partes. El marco normativo - La Ley 26.862: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso "Giroldi" (Fallos 318:514; L.L. 1995-D, 462), sentencia dictada el 7 de abril de 1995, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales expresiones se reiteraron en el caso "Bramajo" (Fallos 22 319:1840, L.L., 1996-E, 409) y en otros fallos ulteriores. Esta línea de pensamiento ha sido acentuada por el Alto Tribunal Federal, al expresar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, causa "Mesquida", Fallos 329: 382). En este contexto, quedan sin sustento las afirmaciones de la accionada respecto a que conforme lo establecido en la Ley N° 26.862, el Decreto Reglamentario N° 956/2013 y el Acta Acuerdo celebrada mediante Resolución N° 029-D/14, mediante el cual se incorpora al nomenclador del Instituto Provincial de Salud las prácticas correspondientes al Tratamiento de Fertilización Médicamente Asistida, ellas sólo tienen una cobertura del 80% en el tratamiento y medicación quedando el 20% a cargo del afiliado. Es que, si bien existe una imposición reglamentaria a la cual se hace referencia, se evidencia la configuración del acto arbitrario que torna procedente la vía del amparo, dado que la negación a la cobertura integral adoptada por el Instituto, violenta los derechos de la accionante, quien al no poder acceder plenamente a tales tratamientos, se ve privada de decidir respecto a su vida y la conformación de su familia, pero por sobre todo, la potestad de gozar en plenitud de su derecho a la salud, en la concepción adoptada por la Organización Mundial de la Salud, cuando dice que es un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica. Por su parte, la ausencia de reglamentación institucional de algunos aspectos de las nuevas técnicas de reproducción y crioconservación de muestras, no puede constituir en un impedimento para el efectivo acceso de las prestaciones asistenciales necesarias para el pleno goce de los derechos en juego, teniendo en cuenta que los preceptos de la Ley 26.862 son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (cf. artículo 11). En similar sentido se ha pronunciado la Cámara Federal de Córdoba, al decidir que no es óbice para viabilizar la operatividad de la fecundación in vitro requerida el hecho de que dicha prestación no esté contemplada en el vademécum del Programa Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede ser considerado como un tope excluyente de toda otra prestación, sino de una base o piso prestacional, el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el Programa Médico Obligatorio (09/05/2012, in re "G., N.R. vs. Galeno Argentina y otro - Amparo, citado por la Sala Segunda de esta Cámara en el precedente ya aludido). Hasta acá lo dicho en el precedente aludido de esta Sala, con las actualizaciones de doctrina que he realizado en el considerando anterior, pero cabe agregar que el Poder Ejecutivo de la Nación, en fecha 26 de junio de 2013, promulgó la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, al publicar en el Boletín Oficial el texto que aprobó el Congreso el 5 de junio de 2013. Ese día, la Cámara de Diputados de la Nación convirtió en ley el proyecto que incluye en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) los métodos de fertilización asistida, a los que se podrá acceder en los sistemas público y privado de salud, sin distinción de estado civil u orientación sexual. Es importante poner de resalto ciertos contenidos de la normativa, que desvanecen sustancialmente la postura defensiva de la demandada, toda vez que el artículo 1 dice que "La ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". A su vez, el artículo 2 de la Ley en cita prescribe que se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación. Y en el artículo 4 se dice: "Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones", disponiendo el artículo 5: "Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación." Asimismo, en el artículo 6 inciso a) se manda al Ministerio de Salud de la Nación arbitrar las medidas necesarias para asegurar el

derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas, incluyendo como beneficiarios el artículo 7 a toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.? En orden a la cobertura, el artículo 8 dice que: ?El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661,... las entidades de medicina prepaga,... 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. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. Concluye disponiendo el artículo 10 que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, invitando a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes. Luego del dictado del precedente que vengo citando, la Provincia de Salta sancionó la Ley 7.964 del 29 de Noviembre de 2016 (Boletín Oficial, 22 de Diciembre de 2016), disponiendo su artículo 1 que persigue regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de los efectores públicos, dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.), para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas, precisando el artículo 2 que a los efectos de la ley se entiende por técnicas de reproducción humana asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la generación y consecución de un embarazo. Asimismo, las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, las cuales deberán ser acreditadas científica y clínicamente, y no supongan riesgos graves para la salud física o psíquica de la persona o descendencia. Y el artículo 3 que las técnicas de reproducción humana asistida podrán ser aplicadas por los distintos efectores de salud cuando se recabe el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten, el cual deberá ser renovado cada vez que se recurra a dichas técnicas. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción. Para los casos de técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes del inicio de la inseminación. Para los casos de técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la transferencia embrionaria. En el artículo 8 de manera expresa establece que queda incluida en la cobertura que realiza el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) para sus afiliados, las técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago. Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro (4) intentos por año. Para las técnicas de alta complejidad, hasta tres (3) tratamientos en total, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos. Asimismo, no deberán transferirse más de dos (2) embriones por intentos. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. Las técnicas de reproducción humana asistida solo podrán ser aplicadas en los establecimientos habilitados por la Autoridad de Aplicación. Para el caso que en la técnica de reproducción humana asistida se requieran gametos donados, éstos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) del Ministerio de Salud de la Nación (artículos 8 y 9 de la Ley). Y el gasto que demande el cumplimiento de la Ley se imputará a las partidas correspondientes del Presupuesto General de la Provincia, ejercicio vigente (artículos 8, 9 y 10). IX) La solución del caso: En la especie, pese el diagnóstico dado por el médico tratante del cual surge la necesidad del tratamiento de alta complejidad con semen donante y ovodonación respecto de la actora, de 45 años de edad a la fecha (v. fotocopia del documento de identidad de fs. 17 del Expte. 74-49659/2016-0 reservado en Secretaría), sobre quien se ha realizado un diagnóstico psicológico con resultado favorable a los fines que nos convoca (fs. 14) y además consta que ha dado su consentimiento informado a las prácticas médicas de fecundación in vitro con gametos donados (fs. 18/27), el Instituto demandado persiste en su actitud arbitraria de retacear la cobertura integral del tratamiento médico a tenor del sólo reconocimiento del 80 % de algunos códigos prestacionales, no obstante que las leyes 26.862 -Nacional- y 7.964 -Provincial- han venido a dar una cobertura amplia a las prácticas médicas solicitadas en la demanda, cuya pertinencia se decide en los términos planteados. No cabe soslayar que el Instituto Provincial de Salud de Salta ha

reconocido la práctica de ovodonación para los casos de afiliadas ya judicializadas, al suscribir con los Centros de Reproducción Asistida inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud de la Nación, entre ellos, el I.M.A.C. (Vitae Medicina Reproductiva) Director Médico: doctor Adrián Char, el Acta Acuerdo Año 2014 que en copia obra a fs. 117, donde se convinieron los importes y códigos a reconocer por los estudios necesarios para la obtención de óvulos de la donante, entre los que cabe tener por incluidos los medicamentos para su estimulación. Bajo tales condiciones, el argumento que intenta sustentar la negativa a brindar cobertura a la ovodonación y la donación de esperma por no provenir de un banco de gametos debidamente inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), carece ostensiblemente de apoyo. A igual conclusión se arriba respecto de la atribución de responsabilidad al coseguro contratado por la afiliada, en lo concerniente al 20 % restante de las prácticas médicas requeridas, pues la prestataria del coseguro al que se alude (ATE), se trata de una asociación sindical que no se encuentra alcanzada por las previsiones de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida. En consecuencia y tal como lo tiene dicho la Corte de Justicia de Salta, las prestaciones del coseguro a las que dicha asociación se obligó en virtud del convenio celebrado con la afiliada, no son cuestiones que corresponda examinar en este amparo, debiendo tales obligaciones ser afrontadas dentro del marco contractual del coseguro, no correspondiendo en estos autos un pronunciamiento al respecto (cfr. CJS, Tomo 204:865; 210:495). Tampoco resulta atendible la pretendida limitación a un intento del tratamiento requerido, con cita del precedente de este Tribunal dictado en los autos: ?B. de C, G. A. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta - Amparo?, Expte. N° 529.844/15 (t. 2015, f° 693/703), pues, a diferencia de lo allí resuelto donde se buscaba concretar un tercer intento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, en el caso no se consiguió efectivizar aún ninguno y los intentos procurados guardan correspondencia con el límite de cobertura establecido en el artículo 8 del Decreto N° 956/13 reglamentario de la Ley 26.862. En relación con el pretendido reintegro de las diferencias abonadas, cabe decir que si bien, en principio, el reintegro de gastos solicitado por la vía del amparo no resulta procedente cuando la cuestión se limita a un asunto meramente patrimonial y está ausente la urgencia que es propia de este proceso especial, procede su admisión ?cuando se ordena la cobertura de un problema de salud y el reintegro de gastos resulta ser la consecuencia de la modalidad de dicha cobertura, razón por la cual el reconocimiento guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado. Eso es lo que sucede en el presente caso, donde la demandada objetó la vía procesal utilizada para pedir el reintegro, pero no cuestionó su procedencia, no alegó la afectación de su derecho de defensa ni invocó la imposibilidad de cumplir con el pago solicitado? (CSJ Tomo 182:323). En el sub lite, dado que el reintegro solicitado tiene íntima relación con la cobertura integral de las prácticas y medicamentos necesarios para la fertilización médicamente asistida de la actora, cabe admitir su procedencia, difiriendo la determinación de la suma a reintegrar para el momento de confección de planilla que habrá de efectuar la accionante, cuyo resultado, consentido por el Instituto demandado, deberá abonar en el término de diez días hábiles. X) Las costas: se cargan al Instituto Provincial de Salud de Salta, en aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 67 del Código Procesal) Por ello, FALLO I) HACIENDO LUGAR a la demanda deducida a fs. 43/47 por la señora L. A. C. y, en su mérito, CONDENANDO al Instituto Provincial de Salud de Salta: 1) a brindar a la accionante, la cobertura total -al 100 %- de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y donación de semen, en el número de intentos que sea necesario para lograr un embarazo a término, dentro del límite de los tres establecidos por ley, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos, no debiendo transferirse más de dos (2) embriones por intento. La cobertura incluirá los honorarios del centro asistencial, la medicación para donante y receptora, el costo de la ovodonación y donación de semen y gastos de guarda, de conformidad y con los alcances establecidos por la Ley 26.862, su Decreto Reglamentario 956/13 y la Ley 7.964, para lo cual deberá la actora presentar un presupuesto del médico tratante que contenga la integralidad de los tratamientos, remedios y honorarios y, 2) al reintegro de las diferencias que debió abonar la accionante por medicamentos y prácticas necesarias para su fertilización médicamente asistida, en un plazo de diez días contado desde la aprobación de la planilla de liquidación que se manda practicar, bajo apercibimiento de aplicarse intereses a la tasa anual del 36 % y sin perjuicio de las actuaciones por incumplimiento a la manda judicial de incumplirse la condena. CON COSTAS (art. 67 del Código Procesal). II) REGULANDO los honorarios profesionales de la doctora Sandra Carina Romero en la suma de \$ 21.965 (pesos veintiún mil novecientos sesenta y cinco), por la labor cumplida en autos como letrada patrocinante de la actora, de acuerdo con el valor del IUS vigente a partir del 7 de marzo del corriente año determinado por Resolución N° 015/18 del Consejo Directivo del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia. III) CÓPIESE, regístrese y notifíquese. FDO. Dr. Domínguez, Marcelo Ramon- Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial - Sala III. Dr. Garcia Pecci, Javier Alejandro- Secretario de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial - Sala III. Correlaciones: Y. Y. K. y otro c/OSPJN s/amparo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala II - 17/12/2013 - Cita digital IUSJU216337D

031228E