santafesinos desembarazados

La Corte santafesina, con un tecnicismo tonto, rechazó dos amparos (MUIÑO y VEGA) donde se requería cobertura de las obras sociales para los tratamientos de fertilización asistida.
Así, la estatal IAPOS vuelve a esquivar la cobertura de una afección que mundialmente es reconocida como enfermedad.
Y el gobierno de Santa Fe vuelve a esquivar la cobertura de un problema que cada vez aqueja a más personas.
La Corte santafesina, honrando sus antecedentes, dice que el caso le trae conflictos 'morales y religiosos' (!).
Una interesante reflexión en el voto de Gastaldi: se da cobertura médica para el aborto pero no para la concepción…
Compartimos el fallo con la esperanza de que sea revertido prontamente.

————————————

Reg.:

A y S t 246 p 222-257.

En la ciudad de Santa Fe, a los

dieciséis días del mes de octubre del año dos mil doce, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbetta, Roberto Héctor Falistocco, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de la titular doctora María Angélica Gastaldi, y con la integración del señor Juez de Cámara doctor Armando Luis

Drago, a fin de dictar sentencia en los autos "MUIÑO, Miguel

Angel y otros

contra I.A.P.O.S. y

otros -Amparo- sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte.

C.S.J. Ñ 347, año 2010). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden en que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Gastaldi, Falistocco, Erbetta, Netri, Spuler, Gutiérrez y Drago.

A la primera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

1. Conforme surge de las constancias de la causa, mediante resolución 119, del 30.07.2010, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores y, en consecuencia, admitió la pretensión tendente a obtener la cobertura del costo del tratamiento de fecundación asistida (técnica ICSI) para los reclamantes, condenando tanto a I.A.P.O.S. como a O.S.S.A.C.R.A. (fs. 105/113).

2. Contra aquel resolutorio deducen las accionadas el recurso de inconstitucionalidad previsto por la ley 7055 invocando causales de arbitrariedad de las previstas en el artículo 1 inciso 3 de la ley 7055 (fs. 117/123 y 125/132).

En su escrito recursivo I.A.P.O.S. liminarmente asevera que la sentencia atacada deviene arbitraria y que carece de fundamentación suficiente, ya que el tratamiento solicitado por los actores no se encuentra contemplado en el listado respectivo de prestaciones (P.M.O.) ni en norma legal alguna. Y, en relación con ello, expresa que aquella práctica no es atendida por el instituto debido a que éste no considera a la

infertilidad como enfermedad, aun cuando la Organización Mundial de la Salud sí lo hace, y en tanto tampoco está establecido incluir tal prestación dentro de los aspectos inherentes al derecho a la salud.

En el mismo orden, manifiesta que el objeto del ente es preservar el derecho a la salud de sus afiliados y que se encuentra trabajando en la implementación de un Programa de Reproducción Sexual que será oportunamente reglamentado. Pero refiere que, al no existir un marco legal regulatorio, los jueces no pueden suplir la voluntad del legislador; por lo que los afiliados son beneficiarios del sistema, pero en el marco de la reglamentación que I.A.P.O.S. les brinda, y sin que la relación habida entre las partes configure un contrato de naturaleza consumerista.

Por lo demás, afirma que no se encontraban acreditados los requisitos de viabilidad de la acción intentada y que, en particular, no existía urgencia, no bastando para ello -dice- la mera constancia del aporte de prueba documental en relación al padecimiento de los actores. Al respecto, alega que la vía pertinente era la del juicio ordinario, en donde -señala- se podría ventilar la cuestión en un “amplio debate” científico y jurídico en el que “no se hubiera llegado tarde a la resolución del tema”.

Como corolario de su exposición, asevera que la sentencia cuestionada carece de motivación toda vez que se funda en cuestiones de hecho que no tienen una norma jurídica que sea aplicable al caso concreto y finalmente cuestiona la imposición causídica.

Por su parte, en su recurso

O.S.S.A.C.R.A. asevera liminarmente que la presente causa, no obstante versar sobre un “tema de derecho común, hechos y prueba”, amerita la admisión del remedio extraordinario intentado, como consecuencia de que la sentencia resulta arbitraria y que carece de suficiente fundamentación.

De tal manera, aduce que el Tribunal a quo se arrogó el rol de legislador, en tanto el “bloque normativo aplicable” al caso no reguló en forma obligatoria lo atinente a las prestaciones asistenciales requeridas. En relación con ello, asevera que se trata de situaciones no legisladas que no ponen en riesgo la vida de las personas, quienes -dice- voluntariamente aceptan los planes de salud que se ofrece a los afiliados.

Asimismo, sostiene que el Sentenciante omitió considerar que el tratamiento no se encuentra incluido en el programa que establece las prestaciones básicas esenciales (P.M.O.), lo cual -expresa- resultaba decisivo para el resultado de la causa.

3. La Cámara concedió los recursos de inconstitucionalidad advirtiendo que en la jurisprudencia se han originado pronunciamientos disímiles “que responden a distintas posturas asumidas vinculadas a la cuestión bajo tratamiento”, mas rechazó los argumentos de las obras sociales recurrentes afirmando que sus planteos configuraban la mera discrepancia con la solución propuesta por la Sala.

4. Liminarmente, se advierte que los recursos de inconstitucionalidad deducidos por las comparecientes guardan sustancial similitud en relación a los argumentos y reproches planteados contra el decisorio venido en revisión. Por lo que, por cuestiones metodológicas,

resulta conveniente darle un tratamiento uniforme, valorando el caso en su conjunto.

5. En el examen de admisibilidad que contempla el artículo 11 de la ley 7055, realizado con los principales a la vista, entiendo que debe declararse inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por la falta de entidad constitucional de los planteos.

Es que los argumentos traídos a consideración de este Cuerpo en el memorial del recurso de inconstitucionalidad, en confrontación con la sentencia atacada y con las constancias de la causa, revelan la mera discrepancia de las comparecientes con los fundamentos expuestos por la Alzada al emitir el pronunciamiento.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

En el juicio que impone el artículo 11 de la ley 7055, la postulación de las impugnantes cuenta con suficiente asidero en las constancias de la causa y supone articular con seriedad un planteo que exige examinar si la sentencia reúne las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda la Constitución provincial, por lo tanto no cabe sino concluir que la presente impugnación deviene admisible.

Es que el planteo de las obras sociales recurrentes, concierne a la implementación o la forma en que se da concreción a la operatividad de derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, que excede del plano de la

mera discrepancia con la interpretación de normas de derecho común y procesal que resultaría ajeno al recurso de inconstitucionalidad (Fallos:209:95; 291:572; 302:502; 306:262; 310:405, entre otros) y se dirige a cuestionar la propia aceptabilidad racional y constitucional de las conclusiones de la Alzada.

En consecuencia, y de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 150/156v.), voto por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Comparto el relato efectuado de los antecedentes de la causa señalados en el voto de la señora Presidenta doctora Gastaldi (puntos 1, 2, 3 y 4).

2. En el examen de admisibilidad que impone efectuar el artículo 11 de la ley 7055, he de rectificar el juicio formulado por el A quo, a pesar de lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 150/156).

Es que de la confrontación del pronunciamiento atacado y de los recursos interpuestos no se aprecia

configurada una cuestión constitucional aprehensible en los términos del artículo 1 de la ley 7055, quedando las articulaciones deducidas en meras discrepancias de las interesadas con la solución que correspondería al "sub examine".

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión los señores Ministros doctores Spuler y Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Drago expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

A estar al voto de la mayoría en la cuestión que antecede corresponde que me expida en la presente cuestión, adelantando al respecto que el presente recurso no puede prosperar.

En efecto:

Se advierte que la contundencia que las comparecientes atribuyen a sus invocaciones se diluye no bien se confronten los términos del fallo de la Sala con los correspondientes antecedentes de la causa. En particular, no se evidencia en los planteos de las impugnantes la alegada violación del derecho a la jurisdicción.

Es que de la confrontación del pronunciamiento atacado con los escritos de interposición de los recursos, surge tan sólo la mera discrepancia de las recurrentes -sin sustento constitucional- frente a la solución adoptada por la Alzada, sin que logren delinear adecuadamente hipótesis de arbitrariedad que permitan sostener que

ésta, al resolver como lo hizo, hubiese desbordado el ámbito inherente a sus atribuciones propias.

En efecto, del fallo cuestionado se desprende que la Sala, analizando las constancias de la causa, hizo lugar al amparo interpuesto por los cónyuges reclamantes a fin de que se les brinde cobertura de salud para su patología de infertilidad mediante un tratamiento de fertilización in vitro (F.I.V.) por técnica I.C.S.I., el que sería la única alternativa de la pareja para poder procrear debido a su avanzada edad (más de 40 años) y las dolencias que sufren (anovulación crónica -la esposa- y oligosperma severa y porcentaje mínimo de espermatozoides -el marido-). Reclamo éste que fuera resistido por las accionadas con fundamento en la falta de norma expresa que las obligue en tal sentido y, en especial, en que el tratamiento no se encuentra incluido en el P.M.O.

Para decidir de tal manera, el Sentenciante juzgó liminarmente que, en las circunstancias del caso (pareja estable, de edad avanzada y con las enfermedades reseñadas), no existía una vía más idónea para tutelar los derechos constitucionales a la vida y a la salud invocados por los amparistas con fundamento en la Carga Magna. Así, hizo referencia a la “urgencia vital”, al riesgo implicado y al daño irreparable en la integridad psicofísica (la esterilidad irreversible) que consideró evidenciados en el “sub examine”; pues -prosiguió- una eventual sentencia favorable recaída luego de un amplio debate (y en un extenso proceso) llegaría demasiado tarde, ello en función de las condiciones biológicas apuntadas. En tal orden, hizo precisas referencias a abundante jurisprudencia y a doctrina de destacados juristas.

Seguidamente, señaló que también se encontraban acreditados (conforme documental a la que refirió) tanto las dificultades orgánicas de los amparistas para concebir como la idoneidad de la pretensión médica. Al respecto, entendió como suficientemente acreditada la existencia de dificultades reproductivas y en la aptitud del tratamiento requerido, considerando suficientes el certificado e historia clínica de ambos pacientes (confeccionados por el dr. Mussacchio, miembro de la “Clínica de Ginecología y Obstetricia”), junto con el presupuesto elaborado por P.R.O.A.R. (“Programa de Asistencia Reproductiva de Rosario”) y las cartas intimatorias previas cursadas a las prestadoras de salud, misivas éstas que fueran rechazadas en su momento con el sólo argumento de que la práctica exigida no se encontraba incluida en el elenco de prestaciones respectivas.

Efectuadas las consideraciones anteriores, la Cámara evaluó la cuestión sustancial venida en revisión, esto es, si las entidades demandadas se encuentran obligadas -o no- a asumir el costo prestacional de la práctica médica requerida por el matrimonio accionante, para lo cual preliminarmente efectuó consideraciones en torno al tratamiento solicitado y al asincronismo entre ciencia y derecho. En ese orden, y siempre con sustento en copiosa y destacada doctrina y jurisprudencia, el Sentenciante efectuó diversas consideraciones para fundamentar su postura.

En efecto, y en primer lugar, consideró que la infertilidad es considerada enfermedad según los criterios de la Organización Mundial de la Salud, organismo que define a la salud reproductiva como “el estado general de bienestar físico, mental y social, y no (sólo) como una mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los

aspectos
relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos".

A continuación, consideró los
derechos puestos en controversia (derechos a la salud y a la procreación de los actores, por un lado, y derecho de propiedad de las demandadas, por el otro) y, en tal marco, juzgó que no resultaba legítima la negativa de las accionadas fundada en la falta de regulación expresa al respecto.

Es que, según expuso, la relación
que vincula a las partes en litigio configura un contrato con cláusulas predispuestas y de adhesión y, además, obligatorio, pues no se habían podido discutir las condiciones de contratación ni -menos aún- había existido la oportunidad de contratar o negarse a ello. A lo que agregó que la mentada relación es de naturaleza consumerista, con todas las consecuencias tuitivas que de ello se derivan para los aquí amparistas como sujetos débiles de la relación.

Asimismo, tuvo en especial
consideración los derechos subjetivos comprometidos y el contexto de normas (tanto legales como supralegales e internacionales, que mencionó) en el que se enmarca el "thema decidendum", citando particularmente Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

De tal forma, aludió a principios
protectorios tales como igualdad ante la ley y no discriminación de la mujer que tiene dificultades para procrear; acceso a los servicios de atención médica y de planificación de la familia; salud sexual y procreación responsable; autonomía, libertad reproductiva y fecundación. Al respecto, remarcó que la

constitucionalización de los derechos efectuadas en la Constitución Nacional no podía verse afectada por la falta de regulación expresa por parte del legislador.

Y en orden a la alegación de que el tratamiento no se encontraría específicamente incluido dentro del vademécum del P.M.O., la Cámara entendió que dicha nómina configura un “piso prestacional”, cuya amplitud debe analizarse atendiendo a los derechos constitucionales en juego, resultando ello -estimó- del contexto normativo comprometido y aplicable al caso. Con lo cual desechó la tacha de reglamentación de derechos que fuera planteada por las recurrentes.

Tales son los argumentos expuestos -sustancialmente- por la Sala.

Y frente a ello, las comparecientes debían hacerse cargo de demostrar, con base en las constancias de autos, por qué resultaba insuficiente esa motivación en relación a las particulares circunstancias del caso, lo que, de la confrontación de lo argumentado por aquéllas con los fundamentos brindados en la resolución impugnada, no logra entreverse como configurado.

En efecto, si bien las impugnantes aducen -en esencia- ausencia de motivación suficiente por no haberse demostrado los requisitos propios de la acción intentada (amparo), sus cuestionamientos lucen más bien genéricos y globales, sin lograr desmerecer -desde una óptica constitucional- las precisas y circunstanciadas consideraciones que en tal sentido brindara el Tribunal, especialmente en torno a la ilegitimidad del

proceder de las demandadas y a encontrarse acreditada la “urgencia vital” de los esposos, quienes, por sus condiciones biológicas (avanzada edad y estado de salud puntualmente referenciados) no podían concebir por medios naturales, lo que eventualmente (y en el corto tiempo) ocasionaría un daño irreparable (por la esterilidad irreversible de la pareja). Es que, en el punto, la postulación recursiva -afirmando, sustancialmente, que no se acreditó la infertilidad ni el riesgo para la vida- sólo intenta oponer una singular interpretación de las circunstancias fácticas y probatorias de la causa, no demostrando, en las particularidades del “sub examine”, cómo se habría configurado la arbitrariedad que aduce ni tampoco la decisividad de sus planteos, ello a fin de lograr la descalificación constitucional de lo decidido.

E igual suerte adversa ha de correr el agravio por apartamiento de las constancias de la causa -concretamente, que no existiría norma específica que reconozca en forma expresa a los reclamantes el tratamiento aquí solicitado-, en tanto, en dicho orden, las comparecientes no logran rebatir eficazmente la respuesta brindada por la Cámara respecto a que el caso debía interpretarse dentro del amplio contexto normativo vigente (especialmente, Constitución nacional y Tratados Internacionales), señalando que la omisión de una explícita inclusión de la práctica en los listados de prestaciones (P.M.O. y demás disposiciones relacionadas) no resulta óbice en los casos particulares en que se encuentran en juego derechos constitucionales vitales (como la vida y salud).

Como se advierte de lo reseñado, la solución brindada por la Sala se enmarca dentro del bloque constitucional

que refirió, luciendo desde tal plano acorde con los principios y directrices establecidos en tales normas, que -cabe referir- gozan de jerarquía supralegal; y sin que, por lo demás, tal respuesta sea suficientemente desmerecida por las comparecientes. Pues una serie de consideraciones sustentan (y refuerzan) los argumentos en que se basó la Cámara para decidir como lo hizo.

En efecto, liminarmente cabe referenciar que, en las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del caso, la cuestión sometida a debate no permite que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario porque, conforme a la naturaleza de los derechos comprometidos, se perjudicaría y/o frustraría la posibilidad de procreación de los amparistas. Existe, tal como entendió la Sala, “urgencia vital” en tanto de no proveerse el tratamiento el daño sería irreparable pues se negaría totalmente el derecho a la procreación.

Expuesto lo anterior, es dable recordar que la ley 25673 (Ley Nacional de Salud Reproductiva) tiene por objetivos “garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable” (art. 2.f); y que “el programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna” (art. 3).

A lo que cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho a la preservación de la salud no debe sino ser apreciado desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una directa vinculación con el principio de

dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos:316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569), sumado al hecho de que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad.

En tal marco, se ha interpretado que la cobertura a dar a la salud reproductiva lo es tanto en su faz negativa (contracepción), como en su faz positiva (concepción), por lo cual deben cubrirse tanto los métodos anticonceptivos como -también- las técnicas que aseguren la concepción (en el caso, las técnicas de fecundación asistida); lo que se ve reforzado con la sanción de la ley 26485, que garantiza a la mujer el derecho a decidir sobre la vida reproductiva y número de embarazos. Sostener lo contrario llevaría a entender que el Estado sólo garantiza la imposibilidad de concebir, pero no la opción por concebir; lo que sería tanto como afirmar que la Política de Salud Pública argentina con respecto a la concepción consiste en financiar todas las formas de evitar la fecundación, desde las más simples hasta las más costosas operaciones, pero no se costean los tratamientos de asistencia a la fecundación. En consecuencia, de la misma forma en la que se protege y financia económicamente la libertad de no concebir, mediante el pago de todo tipo de tratamientos anticonceptivos, debe -también- garantizarse el derecho a concebir cuando ello no es naturalmente posible.

Y no es ocioso remarcar que existe una íntima relación entre el derecho a constituir una familia y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, pues si los miembros de la pareja estéril no

tienen posibilidad de que su sistema de cobertura de salud les proporcione el acceso a la técnica de fecundación asistida, la paternidad y la maternidad quedaría reservada en tales supuestos a quienes cuentan con los medios económicos
y sociales que les permiten costear los tratamientos, lo que constituye una limitación al derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas, que resulta arbitraria y, por lo tanto, jurídicamente inaceptable. En relación con lo cual se ha hecho alusión al derecho a no ser discriminado, considerando que constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento.

Es que cuando la realización de
derechos humanos reconocidos (como el de la dignidad humana, el acceso a la vida familiar, la no discriminación y la equidad) dependen de la provisión de un tratamiento de salud en particular (en autos para responder a una infertilidad), los Estados (y también las empresas de salud) están obligados a brindar estos tratamientos y a garantizarlos. No resultando suficiente, para denegar la cobertura, el hecho de que el tratamiento de fertilización asistida no haya sido reglamentado específicamente, si el derecho al tratamiento surge de las leyes antes mencionadas y de normativas constitucionales de rango superior. De admitirse lo contrario, la falta de reglamentación impediría el acceso al tratamiento que permite dar eficacia al derecho a la salud sexual y reproductiva (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/04/2010, “L. P., M. C. y otro c. O.S.D.E.”, La
Ley Online AR/JUR/28217/2010).

Es así que se ha entendido que las

prestaciones del P.M.O. no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado en el tiempo o adecuado en el caso, por ejemplo, ante la evidencia judicializada del riesgo de vida del paciente (conf. C.S.J.N., “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M.A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, del 28.08.2007; y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, “Vaca, Héctor Horacio y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales nacionales”, del 26/05/2009, publicado en L.L. Litoral 2009 (setiembre), 924, AR/JUR/19164/2009).

En forma tal que el P.M.O. no es la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud, sino por el contrario es el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con las normas constitucionales, en lo referente al derecho a la vida y a la salud (cfr. Resolución 939/2000, considerandos 3º, 8º y 9º).

En tales condiciones, dadas las imputaciones de las recurrentes, vistas en su desarrollo, y no obstante la invocada arbitrariedad y lesión de garantías constitucionales, el recurso no pasa de ser la mera manifestación de disconformidad de la parte con los argumentos desarrollados por el Tribunal a quo con fundamentos suficientes y que no alcanzan a ser desvirtuados en esta instancia, conformando un decisorio que no aparece “prima facie” disociado de las exigencias que el ordenamiento jurídico fundamental impone para el dictado de una sentencia válida. A lo que cabe agregar que las interesadas tampoco demuestran la conexión inexorable que debe existir entre los hechos relevantes de la causa y

la cuestión constitucional que someramente enuncian, limitándose a efectuar una mera invocación global de agravios pero sin demostrar que el Sentenciante hubiese efectuado una exégesis irrazonable o inarmónica de las normas y principios fundamentales en juego.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. El test de constitucionalidad de la sentencia impugnada.

El análisis que corresponde efectuar a esta Corte concierne a determinar si la respuesta de las obras sociales codemandadas, rechazando la cobertura del tratamiento de fertilización asistida reclamada por los amparistas -en las especiales circunstancias del caso- y fundada -la negativa- esencialmente en que dicha técnica no se encuentra prevista en el programa médico obligatorio ni en otra normativa expresa, resulta o no ser manifiestamente arbitraria o ilegítima en los términos de la ley 10456.

2. Los derechos constitucionales comprometidos en la causa.

La Corte nacional, cuya doctrina ha receptado este Cuerpo (A. y S. T. 231, pág. 381), ha sostenido que el derecho a la vida y a la salud cuenta con la más decidida protección en nuestro ordenamiento normativo, al ser considerado como derechos fundamentales de la persona humana (C.S.J.N., Fallos:302:1284; 310:112). También ha dicho que “el

derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (C.S.J.N. "Campodónico de Beviacqua Ana Carina c/ Ministerio de Salud", del 24.10.2000, y doctrina de Fallos: 316:479; 323:3229; 325:292, entre otros).

Asimismo, la tutela del derecho a la vida resulta de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, cuando ésta, luego de sentar en sus primeros cinco artículos las bases o pilares esenciales del Estado, se ocupa de consagrar el "estatuto constitucional de la persona", reproduciendo en primer lugar un tradicional precepto (artículo 6) que asegura en la Provincia, tanto para nacionales como para extranjeros, la vigencia de los derechos y garantías que les reconocen la Constitución nacional y la misma Constitución provincial, "inclusive de aquellos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran". Estos últimos son los denominados "derechos implícitos" o "no enumerados" o "no previstos", que en el texto nacional emergen del artículo 33, y que están "en estado latente, para ser descubiertos y, en su caso, puestos en práctica por el legislador, el juez o el intérprete, de acuerdo con las circunstancias" (Barra, Rodolfo Carlos. "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar". L.L. T. 1994 E, pág. 1087).

Es de este derecho fundamental a la vida que deriva el derecho a la salud en todas sus aristas. Su mención marginal en el artículo 42 de la Constitución nacional para protegerlo en la relación de consumo apunta a un aspecto parcial que hoy resulta mucho más amplio.

Tras la reforma de 1994, la tutela constitucional del derecho a la salud surge de los artículos 33, 41, 42 de la Constitución nacional. Asimismo el derecho a la salud ha sido reconocido con rango constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) Al estar previsto en tratados internacionales con ese estatus, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); el derecho a la integridad corporal (arts. 18 y 33 C.N.); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 5.1.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7 y 10.1); y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (art. 5.b.).

Se habla ya no solo del derecho a la salud individual sino también a la salud colectiva (Fallos: 323:1339).

Asimismo, en el marco constitucional santafesino la salud también goza de expresa tutela en el artículo 19 de nuestra Carta Magna local.

Es así, que en la actualidad, el derecho al disfrute del más alto nivel de salud incluye prestaciones estaduales que otrora resultaban impensables, tales como el derecho a la salud sexual y la

procreación responsable.

Específicamente en lo concerniente a la salud reproductiva se ha sostenido que consiste en “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados al sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear” (Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo 1994, 7.2., cit. Por C. Cont. Adm. San Nicolás, 15.12.2008, “S.A.F. v. A., H.A.”. Lexis On Line cita 70051349).

La ampliación evolutiva del derecho a la salud aconseja un nuevo engarce con la llamada “salud reproductiva”, pero no se puede eludir que el método de procreación y la planificación familiar tienen dos caras: la de la conducta autorreferente que no refracta perjuicio a terceros, al orden, a la moral pública y que, por recluirse en la privacidad exenta de la autoridad de los magistrados (conforme al art. 19 de la C.N.), tiene que garantizarse; y su otra cara, que es el deber de salvaguarda a la vida como bien constitucional, impidiendo que el Estado asuma o permita políticas contrarias a esa protección.

En el derecho constitucional de la familia, el artículo 14 bis de la Carta magna nacional y el artículo 23 de la Constitución provincial, establecen como regla genérica “la protección integral de la familia”, expresamente contemplan este derecho y mandan al Estado otorgarle protección. También los tratados internacionales incorporados

en el artículo 75 inciso 22 contemplan este derecho: así, el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece la obligación de los Estados parte de “conceder a la familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más antigua protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”, y en ese orden, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 22 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17 protegen a la familia y reconocen el derecho a fundar una familia.

Todas esas normas de jerarquía constitucional otorgan amplia protección a los derechos de orden superior recién enumerados. Pero no puede desconocerse la indeterminación de éstos en torno a si generan -o no- la obligación de otorgar cobertura a un tratamiento de fertilización asistida como la pretendida por los actores y si dicho examen puede realizarse -eficaz y eficientemente- dentro de los estrechos límites de la acción de amparo.

3. El marco infraconstitucional.

Del estudio del ordenamiento jurídico nacional como provincial, no surge precepto alguno que imponga -en nuestra provincia- la cobertura pretendida en autos.

En efecto, las leyes nacionales que crean el Sistema de Obras Sociales (ley 23660) y el Seguro de Salud (ley 23661) y las posteriores (ley 24555 y 24754) no imponen expresamente a los agentes del seguro de salud la obligación de prestaciones asistenciales referidas a la fecundación asistida; y la ley nacional 25673 que crea el

“Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” no incluye expresamente el tratamiento de la infertilidad dentro de los aspectos inherentes a esta rama del derecho a la salud, ni tampoco lo hace nuestra ley provincial 11888 que pone en vigencia “El Programa de Procreación Responsable”.

Sí en cambio ya se impone aquella obligación en algunas legislaciones locales, tales como la ley 418 de “Salud reproductiva y procreación responsable” de la Ciudad de Buenos Aires (art. 4 inc. i), la ley 509 de Tierra del Fuego (art. 6 inc. e), la ley 6433 de la provincia de Mendoza (art. 2 inc. f y 4 inc. g), y la ley 1363 de la Pampa (art. 3), pero ello no sucede en nuestra provincia en la que no existen previsiones normativas análogas a las mencionadas.

Recientemente, debe destacarse que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y en el marco de la ley 13066 que creó el Programa para garantizar la promoción y desarrollo de la salud reproductiva y la procreación responsable, entró en vigencia la ley 14208 (02.12.2010) y su decreto reglamentario 2980 (07.01.2011). Aquella ley en su artículo 1, tiene por objeto “el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud” y asimismo “reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización”; en su artículo 2 define la infertilidad como “la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa”. Luego de afirmar sus objetivos en el artículo

3, en su artículo 4 establece que “el Estado provincial, a través de sus efectores públicos, deberá otorgar los citados tratamientos destinados a garantizar los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, con dos años de residencia en la misma, preferentemente a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico-asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga” e incorpora en su artículo 6 “dentro de las prestaciones de las obras sociales y de medicina prepaga, la cobertura médico asistencial integral”.

El Anexo Único del derecho reglamentario 2980 de la ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires establece que “accederán a los tratamientos de fertilidad asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los 30 y 40 años. Se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos producto de dicha relación, brindando la posibilidad de un (1) tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (2)…”, asimismo se les requiere a estas parejas la presentación de una declaración jurada y se les puede requerir un informe ambiental, además de acreditar la residencia en la provincia de Buenos Aires por dos años.

Resulta relevante que la nueva ley de la Provincia de Buenos Aires reglamente los modos, casos, condiciones, legitimación, demás modalidades y especiales características en las que una pareja puede reclamar la cobertura de un tratamiento de fertilización de alta complejidad como el que pretenden el señor Muiño y la señora Rosso.

Es cierto que todas las referidas normas evidencian la especial tutela que en la Nación y en las provincias

actualmente garantizan el ejercicio efectivo del derecho a la salud comprendido como un derecho humano, dentro del derecho a la vida, y en particular garantizan el derecho a la salud reproductiva, como aspecto del derecho a la salud sexual y del derecho a la procreación responsable, pero tampoco se puede afirmar que dicho ejercicio esté exento de una reglamentación razonable que deba insertarse en un marco de previsibilidad y seguridad jurídica, tanto para las prestadoras de salud como para la universalidad de sus afiliados. Ello es dable esperar de una institución de salud:
que responda y actúe conforme las reglas establecidas vigentes.

Tampoco puede desconocerse que hay servicios que aunque no están incluidos en la cobertura original, resultan indispensables para la supervivencia del paciente; y que en tales casos, se ha admitido la obligatoriedad de la prestación del servicio aunque exceda la estricta previsión contractual o las imposiciones de la ley o las que resultan del programa médico obligatorio (P.M.O.), pero ese no es el caso de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad pretendida en autos, a saber: Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (I.C.S.I.).

Es que fuera de estas prestaciones excepcionales donde está en juego la supervivencia del paciente, el principio general es que “las obligaciones, responsabilidades, y límites, surgen de los estatutos de la obra social o del contrato celebrado con la empresa de medicina prepaga”.

Recuérdese que “cualquier sistema de salud tiene exclusiones y éstas deben ser admitidas” (Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala I, “R.M.,M c/ Obra Social de

Empleados Públicos", 28/8/2007, L.L. Gran Cuyo 2007, noviembre, 1060).

Es decir, las situaciones excepcionales son aquellas en las que pueda estar comprometida la vida del beneficiario por resultar este un valor superior, lo que no ocurre en el caso traído a resolución en el que no está en peligro la vida de los amparistas.

Cabe notar también que la nueva ley 14208 de la provincia de Buenos Aires que reconoce la infertilidad humana como enfermedad, ha limitado el alcance de la asistencia que establece para los efectores obligados (conf. Art. 4 y ccs. Anexo del decreto reglamentario N° 2980/10) y en esa limitación también se realizan este tipo de exclusiones, al no admitir la prestación para quienes no acreditan la residencia requerida, o el requisito de la edad, o a quienes pretenden una inseminación heteróloga (con material genético de un tercero).

Lo dicho no implica negar la operatividad de los derechos humanos sino que ellos deben concretarse también en armonía con el resto de los derechos comprometidos y respetando el principio de razonabilidad.

No se desconoce que existe un marco de producción normativa tendente a garantizar el derecho a salud en todas sus manifestaciones, y que en algunas provincias incipientemente se encuentra delineado el alcance de la asistencia para la concepción, mas en nuestra provincia no contamos aún con una norma análoga a la de la Provincia de Buenos Aires que expresamente imponga la obligación de otorgar la cobertura y determine los casos, los alcances y los

legitimados para acceder a la técnica de alta complejidad como la pretendida.

4. La plataforma fáctica de la pretensión de los amparistas.

Los actores pretenden obtener la cobertura para realizar una técnica de alta complejidad (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) que invocan como la más adecuada para tutelar la salud de los mismos, justificando este procedimiento médico por el tipo de patología que exhiben ambos, sumado a la dificultad para concebir que supone la franja etaria a la que han llegado, ya que tras trece años de matrimonio y luego de reiterados intentos con resultados negativos (la señora Rosso gracias a una de las técnicas logró un embarazo que se vió interrumpido a la cuarta semana de gestación) consideran afectado primordialmente su derecho a la salud y solicitan a sus prestadoras que les otorguen la cobertura que les posibilite concebir.

Recuérdese que el método citado (I.C.S.I.) le fue recomendado a los amparistas ante el reiterado fracaso de los métodos convencionales de procreación asistida de baja complejidad. Los pasos de este tratamiento son los siguientes: 1) estimulación ovárica inicial (se inyectan hormonas para que la mujer produzca un importante número de óvulos); 2) se extraen los óvulos por medio de una punción transvaginal monitoreada por ecografía; 3) se coloca un espermatozoide en cada óvulo -en laboratorio-, los óvulos inyectados se conservan en una estufa de dos a cinco días hasta que se transforman en embriones; 4)se produce la transferencia embrionaria en la forma supra explicitada (fs. 109). Es decir que el óvulo es inyectado por un sólo

espermatozoide (a diferencia de la Fecundación in vitro en que cada óvulo es inseminado por una pluralidad de espermatozoides) mediante técnicas de microimplantación muy sofisticadas. El fallo impugnado también explica -respecto a la transferencia embrionaria, que "…una vez fecundados los óvulos, se procede a depositar el preembrión en la cavidad uterina dentro de las 72 horas. Dicha operación se realiza por medio de un catéter de transferencia, en el que pueden colocarse hasta cuatro preembriones. El traspaso es llevado a cabo generalmente en el consultorio o en un clínica como paciente externo, no requiere anestesia, y tampoco intervención quirúrgica para su materialización".

En síntesis, el señor Muiño y la señora Rosso solicitan cobertura para realización de esta técnica de fecundación artificial específica y de alta complejidad (I.C.S.I) que se realiza mediante "técnicas de microimplantación muy sofisticadas", es decir, que se realiza mediante una micromanipulación de gametos de la propia pareja (inseminación homóloga) y presupone la necesaria transferencia embrionaria y la crioconservación de embriones, cobertura especial que no surge ni expresa ni implícitamente luego de la interpretación del contexto normativo supralegal, constitucional e internacional desarrollado ut supra.

Podría afirmarse que estos tratamientos pueden ser calificados -similarmente- a aquellos que se encuentran en estado de "técnica experimental"(cfr. C.S.J.N., "Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro", sent. Del 17/5/2010).

5. La respuesta de las obras sociales.

Tanto I.A.P.O.S. como O.S.S.A.C.R.A. se escudaron en que sus obligaciones están delimitadas: en el caso de la primera, se aplica la disposición general nro. 0015/96 por la que la práctica de fecundación asistida se encuentra comprendida en el listado de prácticas “no nomencladas”, es decir, que no se encuentran incluidas en los convenios vigentes reconocidos por la obra social y; en el caso de O.S.S.A.C.R.A., se basa en que la fertilización asistida no está incluida en el Programa Médico Obligatorio. Allí entonces se indican cuáles son las prestaciones mínimas a cargo de la obra social en cada caso. Este es el marco legal para el ente de salud y no se configura una excepción, tal como un compromiso para la vida del beneficiario, que amerite razonablemente una inclusión.

En consecuencia, predicaron que, ante la inexistencia de una norma constitucional o legal o casos excepcionales que ameriten una cobertura no prevista, se ajustaron a la normativa vigente a la que adhirieran los actores y al programa médico obligatorio, normas vigentes que no contemplaban la prestación solicitada dentro aquellas que debían atender obligatoriamente.

6. El amparo como herramienta procesal para canalizar este tipo de pretensiones.

Esta Corte ya se ha pronunciado respecto de la vía del amparo para considerar planteos relativos a la salud, especialmente “in re” “Rios, María Antonia y Andrada, Luis Pío

contra Asociación Sportivo Ben Hur -Amparo-" (A. y S. T. 210, pág. 155); "Galazzo, Horacio contra T.I.M. Medicina Prepaga" (A. y S. T. 210, pág. 368) y "Carranza, Eva D. y otra contra I.A.P.O.S. -Amparo-" (A. y S. T. 231, pág. 381) entre otros.

Ha señalado esta Corte también -a la luz de los lineamientos trazados "in re" "Bacchetta" (A. y S. T. 132, pág. 67)- que "...para que proceda el amparo, es necesario que los recurrentes demuestren que las medidas impugnadas les producen un daño grave que sólo pueda eventualmente ser reparado acudiendo a dicha acción urgente y expeditiva, y que acrediten que el tránsito por la vía administrativa previa (preservada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resguardo del sistema de adjudicación constitucional) y el posterior acceso a esta jurisdicción, podría acarrearles un perjuicio irreparable" ("Vidal" del 10.03.1999); que "...considerando los alcances del artículo 43 de la Constitución nacional, una de las características definitorias del instituto del amparo – en orden a la procedencia de la pretensión- es la manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión de que se trate". La calificación de "manifiesta" implica, en las palabras de Fiorini, que "el ataque es tan patente que se manifiesta -podría decirse- en forma física-visible, ostensible y notoria" (A. y S. T. 162, pág. 1; T. 188, pág. 27).

Asimismo según la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, el amparo constituye un remedio de excepción y es

inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia (Fallos: 330:1279; 330:2877; 330:4144; 331:1403; 327:2459, entre muchos otros). Tales requisitos no han sufrido cambios con la constitucionalización del instituto en 1994 (confr. Fallos: 327:2459; 330:2877, entre otros) el cual, sobre el punto ha mantenido los elementos típicos creados originariamente por los precedentes de Fallos: 239:459 (casusa "Siri") y de Fallos: 241:291 (causa "Kot").

De ahí que deviene necesario destacar que en el análisis sobre la admisiblidad de la vía no ha de prescindirse de la estrecha relación que guardan sus notas características -acción expedita, rápida y de excepción- con los requisitos precisos para hacerla procedente.

Luego, la rapidez y lo expeditivo del remedio solo han de lograrse en la medida en que no sea necesario un circunstanciado análisis y debate de la cuestión planteada pues, de requerirse esto último, no podría satisfacerse la urgencia sino por medios ordinarios. Es que solo si el acto que se invoca como lesivo presenta las notas de arbitrariedad o ilegalidad con carácter "manifiesto", podrá el sentenciante ajustar su tarea a los tiempos que la naturaleza del instituto requiere y alcanzar así los propósitos para los que el mismo fue previsto.

De ahí que corresponda admitirlo sólo con estricto examen de los presupuestos que habilitan su procedencia y con

el objeto de que siga siendo útil, toda vez que “su generalización y aplicación a cuestiones que claramente lo exceden debe ser evitada, ya que ello incide en su transformación, y trae aparejado que pierda su real esencia y razón de ser, afectándolo seriamente, en la medida en que se permita subsumir en sus previsiones conflictos para los que no ha sido realmente previsto” (Fallos: 330:1279).

7. La respuesta jurisdiccional brindada por los jueces de la causa.

La Sala interviniente, luego de establecer algunas precisiones en base a las cuales concluyó en la idoneidad de la vía del amparo para proteger el derecho a la salud de la parte actora, juzgó en definitiva que se encontraban presentes los presupuestos que habilitan tal remedio, pues entendió que las respuestas dadas por las demandadas denegando la prestación pretendida, podían considerarse manifiestamente ilegítimas dentro de los límites de la acción intentada.

Es que, ponderando las circunstancias de la causa, evaluó el Tribunal si se configuraba “manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad” exigida por el amparo en caso de denegarse aquellas prestaciones pretendidas, precisando -centralmente- que en atención al plexo de derechos subjetivos comprometidos no podía obviarse la referencia a todo un contexto de normas legales, supralegales e internacionales que se interrelacionaban y en virtud de las cuales “la circunstancia de que la prestación aquí requerida no esté contemplada dentro del vademécum del Plan Médico Obligatorio no es óbice -como

lo sostienen los demandados- para viabilizar su operatividad… más allá de que alguna jurisprudencia así lo ha entendido… y en sustento de tal carencia normativa ha desestimado reclamos similares al aquí evaluado".

En tal sentido, los Juzgadores recordaron que en oportunidad de sentenciar otros casos resolvieron que "…pueden exigirse prestaciones o medicamentos que no estén específicamente contemplados en dicha nómina legal, y que como tal, la nómina del P.M.O es sólo un 'piso prestacional' pero que puede y debe ser elastizado en el caso concreto en la medida en que estén comprometidos la vida y la salud de las personas", pues verlo de otra manera "…sería confundir derecho con ley, ya que lo que se está haciendo no es reglamentar el alcance del derecho a la salud mediante una indebida intromisión en las facultades legislativas, sino interpretando el contexto normativo comprometido y por ende aplicable al caso, lo que es la función propia, normal y cotidiana del órgano jurisdiccional judicial" (v. fs. 111/112vto.).

Para concluir finalmente, la Sala, que las demandadas deben otorgar la prestación pretendida en forma concurrente o "in solidum", pues ello se encuentra en consonancia con la copiosa nómina de precedentes jurisprudenciales (v. fs. 112vto.) en los cuales se han acogido, por vía de amparo, reclamos análogos obligando a las prestadoras de salud a afrontar los costos de fecundación asistida de sus afiliados.

8. La descalificación constitucional de la sentencia atacada.

8.1. Otros derechos constitucionales comprometidos en la causa.

El estatuto jurídico del embrión. La dignidad humana.

En rigor, la pretensión actora no puede analizarse desde la óptica simplista de considerarla como una asistencia común o convencional que debe prestar una obra social cualquiera.

No está en discusión que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que la privación o restricción manifiestamente ilegítima de ese derecho abre la vía del amparo, sino que el tema encierra todo un repensar sobre el concepto de “persona por nacer”, problemática que aparece de alta política legislativa.

En efecto, desde el año 1978, en que nació la primera criatura dada a luz por método de reproducción humana asistida (causando antagonismo en la discusión -entre los esperanzados y los escandalizados- de orden moral, ético y jurídico), a la actualidad se ha gestado y consolidado una verdadera revolución en las técnicas de reproducción humana, que no se agotan en la satisfacción terapéutica a la infertilidad.

Estos procesos han hecho posible, verbigracia, que un mismo niño pueda tener más de una madre, la biológica que dona el óvulo y la sustituta que lleva a término el embarazo; casos de nacimientos a partir de embriones congelados; o que al momento del nacimiento, el padre lleva años fallecido; o incluso hoy en día, se han creado úteros artificiales, que eventualmente harán que el papel de madre en la gestación del niño pueda quedar reducido a la donación de una célula reproductora.

Ya no se trata solo del aseguramiento de la superación de una disfunción física mediante una técnica de reproducción humana asistida; y ésta constituye un tema menor si se la compara

con estos procesos
generados a partir de lo que se ha denominado en llamar
“pre-embrión”.

Piénsese, sino además de los
procedimientos ya expuestos, en los progresos en el uso de células madre embrionarias para la regeneración de tejidos, órganos o meramente curativos; el patentamiento de secuencias determinadas de la cadena de A.D.N. debidamente intervenida y segmentada; y la proyección en estadios intermedios de la clonación humana.

Por supuesto que cabe celebrar el
progreso de la ciencia médica que hace de alguna u otra manera realidad la aspiración de una plenitud de salud (vivir más años, mejores condiciones de calidad de vida, combatir el dolor de manera de diferente, intervenciones médicas menos cruentas) pero claro está que el logro del paradigma de la salud perfecta puede tener el costo de las personas por nacer y de las que nunca habrán de nacer.

Frente a ello, se alzan voces que
afirman que no podemos honrar a los que mueren para hacernos mejor la vida a los demás cuando en realidad, no han elegido morir y si alguien muere por opción en salvación de otros, podrán ser considerado un comportamiento heróico y digno de recuerdo; mas cuando se muere por otros sin saberlo, lo que hay, es una apropiación de la vida ajena para mejorar la propia (Armando Segundo Andruet (h), “Celebración del ‘día del niño por nacer’ y los proyectos legislativos nacionales sobre las técnicas de reproducción humana”) .

El perfeccionamiento de las

técnicas pudo derivar en que sean menos vidas las desperdiciadas, pero no por ello se modifica la pérdida de la vida de algunos o todos.

Aquí está en juego la propia afectación a la dignidad humana; ésta no tiene escalas y la vida misma es la dignidad del hombre.

Frente a ello se afirma que el legislador debe proteger la vida humana embrionaria desde el inicio de su existencia (Andorno, Roberto; “Los derechos nacionales Europeos frente a la procreación médicamente asistida: ¿Primacía de la técnica o primacía de la persona?, La Ley 1994-E, 1498; “La licitud de la fecundación in vitro en sí misma considerada”, La Ley 1995-D, 1615; “Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado”, La Ley 1990-C, 890).

Y no pueden desconocerse las diversidades ideológicas, utilitarias, científicas y políticas (entre otras) que habitan en la cuestión tratada, las cuales, además, transitan en un puro y liso vacío normativo.

En este aspecto, vale nuevamente recordar a Andruet que ha sintetizado los proyectos de ley que regulan la técnicas de reproducción humana asistida que se presentaron en el Congreso nacional.

He aquí una breve noción de ellos, demostrativa de la complejidad de la materia y los tópicos que en ella se debaten:

El Proyecto 1 (32 artículos y 9 capítulos) prohíbe como acciones: el uso de embriones para experimentación

(art. 15, b), la comercialización (art. 15, c) y la donación de ellos (art. 15, e); como también la crio-conservación que por definición está prohibida salvo situaciones momentáneas (art. 16); además de ello se consideran infracciones a la ley, las conductas que impliquen practicar sobre los embriones tareas de investigación y/o comercialización (art. 26, i); los usuarios de las técnicas (art. 4, a) deben tener una disfunción reproductiva; con lo cual, se coloca la técnica en el ámbito de lo terapéutico y no utilitario, como que también deben constituir los reclamantes una pareja estable (art. 4, e); la mujer podrá tener hasta 50 años de edad (art. 4, c); no se prevé el camino de la adopción de embriones, prohibiéndose directamente tal alternativa (art. 15, a); se establece una definición posesiva de los progenitores sobre los derechos de los embriones crio-conservados (art. 17); los derechos propios del ejercicio de la patria potestad no se ven afectados en el caso de embriones crio conservados; y la vitrificación o crio-conservación no modifica la sustancia de lo preservado.

El Proyecto 2 (32 artículos y 10 capítulos) prohíbe la experimentación y la comercialización de embriones (art. 14, a, b) y donación de los embriones (art. 19); no establece ninguna limitación ni de estado, ni de edad, ni de salud respecto a quienes pueden solicitar la utilización de las técnicas (ad contraris art. 3), como así tampoco hace ninguna determinación respecto a la cantidad de embriones que fecundados in vitro serán trasferidos al útero de la mujer, lo cual se deja a criterio médico (art. 13); serán atendidos los embriones que resulten ‘viables’ (art. 16) y aun ellos, tendrán un plazo de caducidad en su depósito de nitrógeno que no podrá ser superior a los diez años; pasados ellos sin ser

reclamados los embriones por quien corresponda, serán descartados (art. 18).

El Proyecto 3 (31 artículos)

refiere a tratamientos de tipo terapéuticos (art. 3) y por lo tanto, para paliar disfunciones médicamente probadas (art. 4); se dispone también, que quienes podrán utilizarlas son personas en relación de estabilidad y de naturaleza heterosexual (art. 5); en el proyecto, se avanza sobre cuestiones que no han sido consideradas en los anteriores y que tienden a cimentar una razón ontológica que sostenga una contextualización de tipo médico biológico posteriormente; así es como se indica, qué debe entenderse por 'embrión' -esto es, un óvulo fecundado dentro o fuera del seno materno (art. 10, 1, a)-, y que se trata de una persona y por lo tanto, un sujeto de derecho desde tal ocasión (art. 10, 2, a) y considerando que el embrión tiene derecho a nacer (art. 11); se coloca que la transferencia de embriones al útero es de tres, los que a su vez, son la totalidad de los fecundados (art. 13) con lo cual, no cabe espacio posterior para tener que crio-conservarlos y por ello, queda prohibida tal actividad (art. 14, a), como tampoco está prevista la adopción de tales (art. 14, b) y con mucha más razón, se prohibe la destrucción de embriones (art. 14, c) o el uso de ellos, para investigaciones o comercialización decualquier tipo (art. 14, d, e) y tampoco se permite la donación (art. 14, f); se puede reconocer como algo interesante, que la prohibición de la adopción y la crio-conservación sufre una excepción, cuando se deben considerar las situaciones anteriores a la ley (art. 13 "in fine"); o sea que los embriones existentes o son entregados al fin adoptivo o queden crio-conservados sine die; por último no se puede dejar de advertir que a la hora de determinar las sanciones que corresponden a las

personas o instituciones que hayan infringido la norma, se coloca como elemento de medición para graduarla, los mismos riesgos que para la salud de los embriones se haya podido generar (art. 25, a), con lo cual, se distancia el proyecto de los esquemas sancionatorios de tipo administrativo que se han deslizado en los otros proyectos y que, no tienen ninguna implicancia con lo antropológico.

El Proyecto 4 (37 artículos, 9 capítulos) de acciones con fines terapéuticos (art. 3) para solventar disfunciones médicamente diagnosticadas (art. 4) y ser utilizados en parejas estables de al menos tres años y de tipo heterosexual (art. 5); repite con el proyecto anterior la conceptualización del embrión y su carácter personal (art. 13) y que tiene para sí, el derecho a nacer (art. 14); respecto a la técnica propiamente, habla que serán transferidos al útero la totalidad de los óvulos fecundados, que nunca pasarán de tres (art. 17), de donde se sigue que queda prohibido el uso de embriones para experimentar (art. 18, a), comercializar (art. 18, b) o destrucción (art. 18, c);

la diferencia con el Proyecto 3 está en que, la crio-conservación se admite solo por excepción (art. 20) y entre los supuestos que se autoriza no meramente con un carácter precario, sino de mayor temporalidad es en casos, en donde existe una complicación médica o quirúrgica (art. 20, c), de allí se comprende la razón por la cual, admitió antes la donación de embriones (art. 10), caso contrario quedarían ellos en una situación de desamparo.

Lo expuesto, desde luego sin pretensión de bastedad, pone en evidencia, una vez más, lo controvertido del tema, lo omnímodo que resulta, aprehensivo de ideologías, moralidad, eticididad, juridicidad, justicia, ciencia, política, entre otros aspectos.

8.2. La falta de motivación de la sentencia de Alzada.

En el “thema decidendum” entran en tensión distintos y fundamentales derechos, que irremediablemente necesitan de un amplio debate entre las partes que intervienen.

La correcta ponderación de ellos imponía que los Magistrados sopesaran la totalidad de las cuestiones en juego a los efectos de evitar que esos valores o derechos se mutilen o aniquilen entre sí, debiendo para ello buscar un conjunción armónica de unos con otros.

Ello exigía un plus en la motivación y una amplia participación de los involucrados, no constituyendo -como principio- el amparo el marco más adecuado para esta discusión. Este debate trascendente para la resolución del caso, ha sido silenciado por la Sala.

En efecto:

La lacónica afirmación de la Sala en torno a que “…la circunstancia de que la prestación aquí requerida no esté contemplada dentro del vademécum del Plan Médico Obligatorio no es óbice para viabilizar su operatividad”, no satisface en grado mínimo el requerimiento de fundamentación propuesto

y menos aún resulta suficiente la somera descripción que hiciera del tratamiento -Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides- que se pretendía en autos.

Este es precisamente el tema que ha sido preocupación y debate en el marco de numerosos organismos internacionales, ya que las técnicas de fertilización humana asistida, dadas las implicaciones, que podrían tener generan el desafío de delimitar hasta donde se puede llegar con ellas.

Entre ellos cabe tener especialmente presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de protección y promoción de los derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), cuyo mandato surge de la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocida e incorporada con jerarquía constitucional al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución nacional, en sus recomendaciones recientes al Estado de Costa Rica ha expresado firmemente que “hoy es posible legislar para permitir la práctica de una técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria que concilie los derechos a la salud, a fundar una familia, a tomar decisiones de pareja en un ambiente de intimidad y a procrear respetando, al mismo tiempo, el valor absoluto de la vida y la dignidad humanas” y destacó la capacidad de los Estados de “adoptar medidas proporcionales para proteger los embriones humanos, de modo que no haya tratamientos incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como la destrucción arbitraria, la venta o el tráfico

de embriones”.

En esta línea de razonamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos citó los ejemplos de Alemania, Chile, Colombia, Guatemala, Ecuador y Panamá entre otros, en donde, a su criterio, se han logrado armonizar los intereses de las parejas infértiles con el interés de proteger la vida por parte de los Estados, y concluyó que existen formas de regulación que podrían asimilarse más al proceso natural de concepción, tales como las que prevén la disminución del número de óvulos fecundados, en definitiva recomendó al país que la regulación normativa considere las alternativas para proteger la vida que respeten, a su vez, los derechos de las parejas infértiles (Informe de Fondo número 85/10, fecundación in vitro, Caso 12361; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica, nota elevada a la Asamblea legislativa contenida en el proyecto de ley “Ley sobre Fecundación in vitro y transferencia embrionaria” del Poder Ejecutivo de Costa Rica nro. 17900 del 22.10.2010, Exte Ñ 17.900).

Por tanto, existen pautas inequívocas de este importante órgano internacional para los legisladores de los Estados- partes, entre los que se encuentra la Argentina, que no solo advierten ya la necesidad de legislación sobre la materia, sino que esclarece los principios fundantes que deberán contemplarse en toda futura regulación.

No resulta ocioso destacar que la UNESCO, en su Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de 1997, se comprometió a promover la reflexión ética en relación con las consecuencias de los progresos de la biología y la genética, pero siempre

respetando los derechos humanos fundamentales y la dignidad humana de los individuos, o si procede, de los grupos humanos (cfr. arts. 10, 11 y 13 de la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO; París, 11.11.1997), reforzando en aquella declaración la prohibición de todas aquellas prácticas que sea contraria a la dignidad humana.

En el caso, la necesidad de recurrir a un proceso más amplio se particulariza, ante la inexistencia de una ley que regule la problemática.

Quizás, una vez que la sociedad civil y política se expresen, a través del Parlamento -lugar indicado en un régimen democrático- seguramente y, más allá de las opiniones que cada juez tendrá sobre su constitucionalidad o no, ello otorgará un marco normativo preciso que permita encauzar pretensiones como la de autos por la vía del amparo, ya que el incumplimiento de una ley específica en la materia podrá traer de una manera más clara la ilegalidad manifiesta que hoy no puede extraerse derechamente de la conducta de las obras sociales.

8.3. La interpretación de los contratos de salud.

La Corte nacional ha sostenido para el supuesto de las prestadoras de medicina prepagas -aunque sirve al caso como principio subsidiario- que “…les corresponde a las mencionadas empresas o entidades efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas, máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen puedan representar determinados rasgos

mercantiles en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), y en consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas".

También sirve como pauta de interpretación que la Corte nacional exigió en el marco de la ley 24754 que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mínimas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, prestaciones entre las que se encuentran las establecidas en el Programa Médico Obligatorio (C.S.J.N. U. 30. XLII. Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compa Euromédica de Salud s/ amparo, Buenos Aires, 8 de abril de 2008).

Es decir que de algún modo se ha reconocido el poder reglamentario del prestador de salud respecto del alcance y cantidad de prestaciones médicas brindadas y ello es relevante en las especiales circunstancias de la causa, como parámetro para afirmar la inexistencia de arbitrariedad manifiesta cuando la obra social limita su respuesta y razonablemente su cobertura a las obligaciones, responsabilidades, y límites, que surgen de su estatutos o del contrato, lo que sella la suerte del amparo.

El principio sentado por el Máximo Tribunal en relación a las prestadores privadas -en el caso O.S.S.A.C.R.A.-, es

una referencia en la especie, también al ser una de las codemandadas -I.A.P.O.S.- una persona jurídica autárquica en el ámbito del Poder Ejecutivo, es decir, con una mayor aproximación a lo público, debe guardar con mayor firmeza el cuidado y estricto respeto al alcance del poder reglamentario.

Asimismo se advierte que, en caso de que hubieran otorgado la cobertura integral para la infertilidad, las prestadoras habrían provocado una modificación intempestiva gravitante en el sistema de prestaciones dirigidas a los beneficiarios, en fractura a la gradualidad, previsibilidad y razonabilidad que proteje a todos sus afiliados.

Ello conduce a afirmar que la progresividad de los derechos humanos en juego y su cumplimiento también progresivo, no puede ignorar los principios que rigen la economía de los recursos, ya que en condiciones de escasez en el sector de salud la necesaria elección respecto a la asignación de recursos que realiza una prestadora de salud -pública o privada- impacta profundamente en la cobertura de una parte importante de la población, por tanto en esa selección, debe redefinir qué servicios de salud son más necesarios y relevantes que otros y en consecuencia, optimizar sus recursos en base a aquella decisión.

Estas pautas fueron examinadas superficialmente por la Alzada, circunstancia que conduce derechamente a su anulación, en tanto no ha dado respuesta a otra cuestión trascedente para juzgar los recaudos de procedencia del amparo.

Finalmente, sobre el punto, debe destacarse que el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social en oportunidad de denegar el otorgamiento de la cobertura, puntualmente precisó que en el marco del “Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable” esa entidad ya se encontraba trabajando y analizando, entre otras problemáticas, el futuro reconocimiento de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad.

Ello demuestra que la codemandada reconoció la necesidad socialmente instalada de ir extendiendo los servicios en materia de fecundación asistida de modo progresivo y ello resulta acorde y razonable por los altos costos de estos tratamientos, de los que existe una fuerte demanda, y dado también que las obras sociales demandadas aún no los tienen implementados en sus efectores propios, ni entre los servicios contratados.

A ello cabe agregar que de las constancias de autos surge que el matrimonio demostró en las instancias del proceso (fs. 5, 6 y 9) que efectivamente ambos padecen de infertilidad, mas del análisis de las constancias de la causa no surge acreditada la lesión actual e irreparable del derecho a la vida de los amparistas que excepcione la regla o principio general que permite -pese a la imprevisión normativa- ampliar los límites de la cobertura convencional.

Resulta repochable desde la óptica constitucional la valoración que hiciera el A quo de las respuestas de las demandadas que centralizaron -como ya se dijo- la denegación de cobertura en el

hecho de que la prestación no se encuentra contemplada en el Programa Médico Obligatorio ante las particulares circunstancias invocadas y acreditadas por los esposos.

Ello así, por cuanto no brinda razones suficientes que configuran por sí mismas una causa eficiente para generar responsabilidad por incumplimiento, ya que no se puede afirmar que existe una obligación legal de prestar aquel servicio para las demandadas, habida cuenta de que los derechos que los amparistas estiman vulnerados si bien son reconocidos y merecen su correspondiente protección, quedan también sujetos al principio de legalidad en cuya órbita se determina válidamente el alcance, modalidad, legitimación, límites y efectos con los que las prestadoras de salud asumirán razonablemente sus obligaciones frente a sus afiliados.

8.4. El antagonismo jurisprudencial.

La problemática que se plantea en torno a las técnicas de reproducción humana asistida subyace en los numerosos antecedentes jurisprudenciales nacionales y provinciales que sobre el tema se dieron en los últimos años y se manifiesta judicialmente en los controvertidos precedentes en los que los jueces han tomado distintas posiciones.

En una postura, se encuentran aquellos fallos que han desestimado pretensiones sustancialmente análogas a las del señor Muiño y la señora Rosso denegando la cobertura para este tipo de tratamientos al considerar que la negativa de las entidades de salud a conceder la prestación no lucía arbitraria por la circunstancia de que la prestación requerida no estaba contemplada dentro del Plan Médico Obligatorio ni en el

contrato que regía entre las partes o en el estatuto de la prestataria; e incluso algunos magistrados realizaron interesantes y profundas consideraciones sobre la técnica misma de fertilización asistida y el derecho a la vida de los embriones (Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “R.,N.F.-O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación”, 3/09/2010; “Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II, “S., G. H.G., y C. G.L., c. Medifé”, La Ley Online, 14/05/2010; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, “Peinado Andrea C.y Manera Pablo A. c/I.A.P.O.S.”, Acuerdo 203, 15.04.2011; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, “Moscoloni, Natalia Gabriela c. I.A.P.O.S.”, Acuerdo N 211, 26.05.2010 y “Cristiani, Cecilia y otro contra I.A.P.O.S.”, 22.03.2011; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, “Vega, Carolina G.c. I.A.P.O.S.”, T. 8, f.317, 29/04/2010; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, “S., E.G. c. Swiss Medical S.A.”, LLLitoral 2008 (noviembre), 1144, 14/08/2008; Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala I, “R.M.,M c/ Obra Social de Empleados Públicos”, 28/8/2007, L.L. Gran Cuyo 2007 (noviembre), 1060; Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, 26/08/2009; entre otros).

En la otra posición, se pueden agrupar los precedentes que consideraron viables los amparos en la materia y autorizaron -con diferentes alcances y modalidades- el tratamiento de

asistencia a la concepción (cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, “B.N.L. y L.F.A. c/ Obra Social de la Provincia de Corrientes (IOSCOR)”, 16/03/2011; Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, “Alegría, Andrea G. c/ Omint S.A.”, 14/03/2011; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “I.,I. c/ Obra Social de Capataces y Estibadores Portuarios y otros”, 23/03/2011; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “U., V.C. c. Osde”, La Ley Online, 12/01/2010; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, “M.A. y otra c. I.O.S.P.E.R.”, D.J. 22/09/2010, 2602-L.L. Litoral 2010, octubre, 969, 9/03/2010; Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, “S.A.F. y A.H.A.”, La Ley 2009-A, 408, del 15/12/2008; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “S., V.A. y otro c. Consolidad Salud S.A.”, La Ley Online, 29/06/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, “Zaracho, Silvia y otros c. Osde S.A.”, L.L. Litoral 2011, febrero, 72, 7/10/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “A., L.y otro c. Obra Social de Empleados Cinematrográficos de Mar del Plata, L.L. B.A. 2010, noviembre, 1159, 04/05/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, “F.,E.H y C., F.A. c. O.S.P.E.C.O.N.”, L.L. B.A. 2010, agosto, 780, 13/5/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, “V.,C.M. y otro c. O.S.I.M. y otra”, L.L. C. 2010, noviembre, 1157, 08/09/2010; Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial nro 10 de la ciudad de Rosario, “Frisson, Vanina Gisela c/ I.A.P.O.S. s/ Amparo, 5/5/2011, entre muchos otros).

No se ignoran estos últimos

precedentes, pero lo cierto es que en el caso particular la técnica de fecundación asistida de alta complejidad que reclaman Muiño y Rosso (I.C.S.I) supone la micromanipulación de gametos de la propia pareja (inseminación homóloga) con todos los reparos científicos y bioéticos respecto al tratamiento que la técnica misma supone, ya que implica que “los óvulos inyectados se conservan en una estufa de dos a cinco días hasta que se transforman en embriones … y se produce la transferencia embrionaria (fs. 109). Es decir que el óvulo es inyectado por un sólo espermatozoide (a diferencia de la Fecundación in vitro en que cada óvulo es inseminado por una pluralidad de espermatozoides) mediante técnicas de microimplantación muy sofisticadas”, lo que conduce a reforzar la descalificación de la sentencia impugnada.

8.5. La necesidad de una regulación sobre la materia.

Se reitera, es imperioso el dictado de una legislación que reglamente minuciosamente las técnicas de fertilización asistida y prevea un intenso control sobre estos métodos, los establecimientos sanitarios y los profesionales que los aplican con el fin primordial de garantizar por sobre todos los derechos en juego, el derecho a la vida y a la salud de los embriones.

Debe compatibilizarse el derecho a la vida del embrión con las técnicas vigentes que posibilitan dar vida, resulta tarea harto difícil pero no imposible, y para ello en primer lugar deben fijarse las pautas basales de una regulación, esto es: determinar el estatuto jurídico del embrión, su protección y las sanciones ante su vulneración, la

legalidad o no de la crioconservación,
la cantidad de óvulos a fecundar, la cantidad de embriones que se pueden transferir, en su caso, la posibilidad de adopción prenatal, si puede ser homóloga o también heteróloga, la edad de los
legitimados, la gratuidad o no del tratamiento, la fiscalización de los profesionales altamente especializados que realicen estás prácticas, el control y fiscalización de las clínicas particulares o efectores públicos en lo que se realicen el tratamiento, el consentimiento informado, la constitucionalidad de la limitación al número de los intentos, la necesidad -o no- de la designación de un tutor para los embriones que surjan del procedimiento, la finalidad terapéutica y no experimental del tratamiento, la prohibición de la maternidad subrogada y la clonación, entre otros aspectos relevantes.

Pero claro la normativización
tiene que tener como premisa básica la
utilización de la ciencia a favor de vida y como norte su protección desde el momento inicial en que ella existe.

Esta dificultad interpretativa del
tema abordado imponen que sea el
legislador -conforme la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- quien finalmente precise y
aclare los alcances -al menos para el futuro- de una cuestión tan sensible como compleja: la extensión de la obligación de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga de
asumir las prestaciones -cúales, en qué condiciones, en
qué medida- para las personas que padecen infertilidad.

Asimismo, las futuras previsiones en la materia deberán establecer la diferenciación entre las diversas técnicas biomédicas para decidir cuáles deben ser aceptadas y cuáles no, qué límites se deben reconocer a fin de garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales.

Es que en rigor de verdad no puede dejar de señalarse que el caso de marras se me presenta como un caso complejo o litigio estructural, ya que por su extrema complejidad involucra a diferentes actores sociales, requiere cierta ductibilidad pues implica discurrir sobre carriles jurídicos, morales y aun religiosos, y revela -en definitiva- la necesidad de una decisión legislativa que otorgue verdaderas soluciones a largo plazo, poniendo fin a los remedios que -sólo paleativamente- podemos otorgar como Jueces en el noble ejercicio de la Judicatura.

Es en base a todo lo expuesto en los puntos anteriores que considero imperioso que el legislador provincial -órgano deliberativo legitimado por excelencia- se pronuncie al respecto a través de una ley formal que obsequie un marco normativo específico en la materia.

Es que esta Corte, como cabeza del Poder Judicial santafesino, sólo puede ser llamada a intervenir, en este caso concreto, para apoyar la construcción de una decisión más afín a la Constitución, según una visión de la Democracia basada en la deliberación colectiva, en la que los Sentenciantes no sean vistos como “jueces que

imponen sus puntos de vista” sino que ayudan a los ciudadanos a construir decisiones compatibles con la Constitución, mas esta decisión quedaría a mitad de camino en la definitiva solución de la problemática.

Debe quedar en claro que la esencia de la función jurisdiccional máxime en este tipo de casos debe por un lado resguardar los derechos constitucionales y por el otro, no intervenir en el ámbito propio y atribuciones del legislador por lo que el control judicial se erige como una herramienta para promover y mejorar el diálogo deliberativo interpoderes, se trata entonces de una intervención de los jueces que amerita cautela en tanto los magistrados se enfrentan a limitaciones propias del ámbito de información y conocimiento técnico-científico a la hora de decidir.

Es por ello que esta Corte, como tribunal constitucional, no puede ignorar, las implicancias sistémicas que pueden derivar de una resolución superponiéndose con el diseño de las políticas públicas que abordarían la temática en cuestión.

Atento todo ello, resulta imperioso requerir a los poderes públicos que se involucren en el diseño de una solución, tal siguiendo el modelo de la Corte Nacional en otros casos donde luego de haber formulado un diagnóstico sobre la inconstitucionalidad de un régimen impuso a los poderes del Estado la participación correspondiente en la construcción de una solución (adviertáse en tal sentido que en los casos “Verbitsky”, “Rosza”, “Mendoza” y “García Méndez” se discutían deficiencias o violaciones estructurales que difícilmente podían ser solucionadas por la justicia en forma asilada, y que requerirían del esfuerzo de esos poderes para poner en práctica cualquier solución).

En consecuencia, ha de adoptarse el mismo criterio de la Corte nacional dando paso a la idea de diálogo entre la justicia y los poderes políticos sumando actores institucionales a estos procesos complejos y es por ello que esta Corte exhorta, por razones de necesidad y apremio, a la actividad política de los otros poderes del Estado.

9. Colofón de todo lo expuesto es que corresponde declarar procedente el recurso interpuesto por la Obras Sociales codemandadas y en consecuencia, anular la sentencia impugnada, disponiendo la remisión de los autos al Tribunal que corresponda para que juzgue nuevamente la causa ponderando los otros derechos constitucionales comprometidos en el caso y que han sido preteridos de análisis en la sentencia que se invalida. Costas por su orden.

Asimismo corresponde exhortar a los otros poderes del Estado a que, en un plazo razonable, cubra los vacíos legales en la materia conforme los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

Voto pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Erbetta expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

Al estar al voto de la mayoría en la cuestión que antecede corresponde que me expida en la presente cuestión,

adelantando al respecto que el presente recurso no puede prosperar.

En esta tarea, corresponde señalar que está fuera de discusión -siguiendo los lineamientos de la Corte Nacional- que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el de la vida siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Fallos:323:3229).

En general se ha admitido que esta vía pueda ser idónea para la tutela de dicho derecho (vid. A. y S. T. 231, pág. 381) o que sea particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física (Fallos:330:4647).

Asimismo, recuérdese que, en principio, la evaluación de las condiciones vinculadas con la admisibilidad o viabilidad del amparo constituye materia reservada a los jueces de la causa y ajena, por ende, al ámbito del recurso extraordinario (A. y S. T. 190, pág. 294).

Con esas pautas, corresponde efectuar el test constitucional sobre el pronunciamiento atacado.

Al respecto, cabe reparar en que la Cámara evaluó las particulares circunstancias de la causa las cuales fueron analizadas en consonancia con los requisitos procesales propios de la especial vía de amparo; todo lo cual hicieron

que los Sentenciantes revocaran la sentencia de primer grado de conocimiento y acogieran la pretensión contenida en la demanda vinculada a la cobertura de los costos de implementación de un tratamiento de fecundación asistida para ambos cónyuges según la técnica I.C.S.I.

En este sentido, debe ponerse de resalto que la Alzada, en tren de evaluar la idoneidad de la vía del amparo, consideró que se encontraban en juego “pretensiones que se relacionan con prestaciones médicas de salud que puntualmente hacen a tratamientos de fertilización asistida para parejas estables”.

En esa labor, expuso que “la mujer que -junto con su marido- (casados desde hacía 13 años aproximadamente) sufre de dificultades para ovular en condiciones tales que permitan el embarazo, y la misma se encuentra en una franja etaria en la cual si bien todavía puede biológicamente ser madre, no se encuentra lejos cronológicamente de los tiempos en los cuales la reducción de esas ya de por sí menguadas perspectivas se acentúan por un proceso natural y biológico inherente a todo miembro de ese género (en el caso, la amparista cuenta a la fecha de este decisorio con 41 años de edad, habiendo nacido en enero de 1.969), el acortamiento de los tiempos procedimentales para dar una respuesta a su requerimiento (positiva o negativa) aporta también a la procedencia del amparo, habida cuenta que resultaría lamentable que, remitiéndola a esperar la decisión que se adopte en otro tipo de proceso con conocimiento pleno y mayor amplitud probatoria y recursiva, obtuviera una decisión favorable -eventualmente- a su pretensión, pero ella llegara demasiado tarde en función de sus circunstancias

biológicas” (fs. 107v.).

A su vez, ponderó que se encontraba acreditado el dato fáctico de las dificultades orgánicas de los amparistas. Para ello, tuvo en cuenta las constancias agregadas a la causa así como el presupuesto elaborado y las cartas intimatorias previas que obtuvieran como “respuestas negativas no sustentadas en dudas sobre la real existencia del cuadro que la determinaría, sino básicamente en no estar contemplada la misma ni dentro del P.M.O. en el listado de prácticas nomencladas”. Ello implica que la Alzada tuvo por acreditados la realización de estudios y tratamientos como análisis, ecografías, histerosalpingografía y medicación para incentivar la ovulación, todo en pos de lograr un embarazo, previo a requerir la práctica solicitada (f. 108v.).

Ninguno de estos argumentos relacionados con el sustrato fáctico de la causa logran ser desmerecidos en el plano constitucional por las impugnantes, quedando en pie el razonamiento tendente a sustentar que la vía intentada resultaba la idónea para sustentar la pretensión esgrimida.

En este marco, corresponde detenerse en las críticas formuladas por los recurrentes relativas a que la infertilidad no se considera una enfermedad y a que la fertilización asistida no está incluida entre las prestaciones que deben efectuar conforme el Plan Médico Obligatorio o conforme a la ley, violándose de esta manera su derecho de propiedad.

Sobre ello la Cámara tuvo en

cuenta que la Organización Mundial de la Salud definió a la salud reproductiva como “el estado general de bienes físico, mental y social, y no como una mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos” (f. 110).

Con esa base, la Sala consideró la circunstancia de que la prestación aquí requerida no esté contemplada dentro del vademécum de la P.M.O. no es óbice (…) para viabilizar su operatividad recordando que la posición que avala el requerimiento de prestaciones o medicamentos que no estén específicamente contemplados en dicha nómina legal, ya que como tal la nómina de la P.M.O. es sólo un piso prestacional (fs. 111v./112).

Agregó -con cita de un precedente jurisprudencial- que al hacer lugar a la pretensión “lo que se está haciendo no es reglamentar el alcance del derecho a la salud mediante una indebida intromisión en las facultades legislativas, sino interpretando el contexto normativo comprometido y por ende aplicable al caso, lo que la función propia, normal y cotidiana del órgano jurisdiccional judicial” (f. 112v.).

A su vez, puso de resalto diversos instrumentos internacionales que sustentan la pretensión de los accionantes: artículos 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 9, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente en cuanto dispone que “Los Estados partes adoptarán todas

las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que refieren a la planificación de la familia" (f. 111).

Esta respuesta jurisdiccional sustentada en distintas fuentes normativas, incluso de raigambre constitucional, y sin prescindir de las particulares circunstancias de la causa impide que la tacha de arbitrariedad esbozada pueda considerarse acreditada con la sola invocación del derecho de propiedad o del carácter restringido de las prestaciones a las que se encontrarían obligadas las demandadas.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Spuler dijo:

Surge de las constancias de autos -en lo que es de interés al caso- que los actores inician acción de amparo contra el INSTITUTO AUTÁRQUICO PROVINCIAL DE OBRAS SOCIALES -I.A.P.O.S.- y contra la OBRA SOCIAL DEL SINDICATO DE AMAS DE CASA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -O.S.S.A.C.R.A.- a fin de "recibir cobertura de salud integral" adecuada a su patología de infertilidad para realizar un tratamiento de alta complejidad de "fertilización in vitro (FIV) por técnica ICSI" (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) que invocan como la más adecuada para tutelar su derecho a la salud debido a la patología que ambos presentan, a su edad, y a que luego de 13 años de matrimonio y reiterados intentos de lograr el embarazo a través de diversas prácticas indicadas por los

profesionales tratantes, no arribaron a un resultado positivo.

Por su parte, las obras sociales demandadas rechazan la cobertura del tratamiento solicitado por los amparistas con fundamento -esencialmente- en que dicha técnica no se encuentra prevista en el Programa Médico Obligatorio ni en otra norma expresa que le imponga tal obligación.

La Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de esta ciudad hace lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores ante el rechazo del amparo y, en consecuencia, admite la pretensión tendente a obtener la cobertura de los costos de implementación de un tratamiendo de fecundación asistida para ambos cónyuges según la técnica ICSI, a tenor de lo presupuestado por la empresa médica PROAR; imponiendo tal obligación a ambas codemandadas en forma concurrente o “in solidum”.

Frente a tal pronunciamiento, deducen las accionadas recurso de inconstitucionalidad invocando arbitrariedad de sentencia, por lo que entiendo -en coincidencia con lo señalado por el señor Ministro doctor Falistocco- que el punto central a dilucidar en el presente consiste en determinar si la respuesta de las obras sociales codemandadas rechazando en las particulares circunstancias del caso, la cobertura del tratamiento de fertilización asistida reclamada por los amparistas resulta o no ser manifiestamente arbitraria o ilegítima en los términos de la ley 10456 y artículo 43 de la Constitución nacional.

Para dar respuesta a tal interrogante, creo oportuno señalar ante todo que no se cuestiona la doctrina

de la Corte nacional que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos:329:2552; “Buñes c/ Obra Social Unión Personal y otro”, del 19.05.2010, entre otros), criterio receptado por esta Corte in re “Carranza” en donde se dijo que “el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el de la vida siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado pr la Constitución nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Fallos:323:3229). A su vez, la salud reproductiva ha sido definida como un “estado general de bienestrar físico, mental y social, y no de ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos” (Naciones Unidas, informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, Capítulo VII).

Es de destacar, así que el derecho a la salud goza de tutela constitucional, la que surge del artículo 19 de nuestra Constitución provincial y de los artículos 33, 41 y 42 de la Constitución nacional y que, asimismo, conforme el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna nacional tiene rango constitucional al estar previsto en tratados internacionales con ese status. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); Convención sobre eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 5.1.); Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7 y 10.1); y Convención sobre la Eliminación de Todas las

Formas de Discriminación contra la mujer (art. 5.b). A lo que cabe agregar que la familia también goza de protección constitucional a través del artículo 23 de la Constitución provincial y 14 bis de la nacional consagrando su protección integral, como así también los tratados internacionales contemplan este derecho: Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22); Convención Americana de Derechos Humanos
(art. 17), y Convención sobre eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 12).

En este punto, debo señalar que
comparto lo expuesto por el señor Ministro doctor Falistocco en cuanto a que todas estas normas de jerarquía constitucional otorgan amplia protección a los derechos de orden superior enumerados, mas no puede desconocerse la indeterminación de éstos en torna a si generan -o no- la obligación de otorgar cobertura a un tratamiento de fertilización asistida como la pretendida por los actores y si dicho examen puede realizarse eficazmente dentro de los estrechos límites de la acción de amparo.

A ello se suma, en cuanto al marco
infraconstitucional, lo claramente expuesto y desarrollado por dicho Ministro en cuanto a que del ordenamiento jurídico nacional como provincial, no surge precepto alguno que imponga en nuestra Provincia la cobertura pretendida en autos (ley 23660; ley 23661; ley 24754; ley 25673 y ley provincial 11888), a diferencia de lo que pueda ocurrir en otras provincias como la de Buenos Aires, en donde recientemente se legisló sobre la materia reglamentándose los modos, casos, legitimación y demás modalidades en las que se puede reclamar la

cobertura de un tratamiento de fertilización asistida.

Frente a este panorama, no está en discusión que el derecho a la salud tiene rango consitucional y que la privación o restricción manifiestamente ilegítima de ese derecho puede abrir la vía del amparo (cfr. A. y S. T. 188, pág. 27; T. 231, pág. 381, etc.) al resultar ésta un cause idóneo para decidir acerca de pretensiones encaminadas a resguardarlo. Como así tampoco que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud física y psíquica de las personas que la padecen, mas la cuestión a resolver es si, en las particulares circunstancias del caso, con la complejidad que rodea al mismo, existe restricción manifiestamente ilegal o inconstitucional al acceso a la prestación médica reclamada y si el fallo atacado dio debida respuesta a este aspecto relevante del caso.

Y, ante esta cuestión, reitero, invocando las demandadas la inexistencia de norma expresa que imponga tal obligación (en cuanto al I.A.P.O.S., en la disposición general nro. 0015/96 figura la práctica de fecundación asistida en el listado de prácticas “no nomencladas” y, en el caso de O.S.S.A.C.R.A., invoca que la fertilización asistida no está incluida en el Programa Médico Obligatorio), debió la sala efectuar un fundado e integral análisis de la cuestión a resolver de modo de no quedar limitado su fallo a citar y enunciar cláusulas de raigambre constitucional sin fijar su debida interpretación y alcance específico que permitan, en el caso concreto y mediante la excepcional vía del recurso de amparo, justificar acabadamente la admisión del particular reclamo ante un supuesto de manifiesta arbitrariedad, máxime si se tiene en cuenta que no se encontraba en riesgo la vida de los reclamantes.

Es que para que proceda la apertura del amparo no basta con que estén amenazados derechos constitucionales, sino que al tratarse de un remedio excepcional requiere, entre otros recaudos, de circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (A. y S. T. 206, pág. 19; Fallos:306:788; 319:2955; 325:396, etc.). En el mismo sentido también se ha puntualizado que “limitada la procedencia de la acción de amparo a que el acto impugnado sea manifiestamente ilegal y arbitrario resultan excluidas de su ámbito las cuestiones opinables” (Fallos:297:65; también, Fallos:300:47).

Esta Corte, siguiendo ese rumbo, ha señalado que “la calificación de `manifiesta’ implica que los vicios deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial (Palacio, Lino Enrique, “La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994”, L.L., 1995-D, 1237), es decir, en las palabras de Fiorini (“El recurso de amparo”, L.L., T. 93, pág. 946), cuando el ataque es tan patente que se manifiesta podría decirse en forma física, visible, ostensible y notoria” (“Roga”, A. y S., T. 129, pág. 194; “Aranguren”, A. y S., T. 179, pág. 152).

Dicho esto, cabe señalar que la confrontación de esos parámetros caracterizantes del instituto del amparo con las particularidades que presenta el “sub lite” demuestra -como se adelantó- que la sentencia impugnada merece reproche constitucional, dado que es en este punto donde de la lectura del fallo de la Sala se advierte un déficit en la fundamentación que lo torna

descalificable al brindar elementos incompletos a los fines de hacer pesar sobre las obras sociales demandadas la obligación en cuyo reconocimiento apoya la condena, al no explicar acabadamente cómo ésta -con el específico alcance pretendido en la demanda- se deriva necesariamente de los tratados internacionales y las cláusulas constitucionales citadas, en ausencia de norma legal expresa que así lo disponga; es decir a mi criterio, no ha logrado justificar adecuadamente la existencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Por otra parte, no puede soslayarse lo expuesto en el voto del señor Ministro doctor Falistocco -y que pone en evidencia la complejidad que encierra la cuestión debatida- en cuanto a que “cualquier sistema de salud tiene exclusiones y éstas -por regla- deben ser admitidas”; a la necesidad de una amplia participación de todos los involucrados en la presente problemática, no constituyendo como principio el amparo la vía mas adecuada; que en las particulares circunstancias del caso no basta con afirmar simplemente que `el hecho de que la prestación no esté contemplada en el Plan Médico Obligatorio no es óbice para viabilizar su operatividad’, para superar esa falta de previsión expresa; a la presencia de otros aspectos y derechos fundamentales que pueden verse eventualmente implicados; a la posibilidad de una modificación intempestiva gravitante en el sistema de prestaciones dirigidas a los beneficiarios -lo que implica preguntarse si la cobertura de tratamientos de alto costo implicará o no una falta de cobertura de otras prestaciones a cargo de las Obras Sociales-; a la distinta postura adoptada por la jurisprudencia -lo que pone en evidencia la necesidad imperiosa de una regulación legal que prevea todos los aspectos

involucrados en la materia-; a la manifestación de I.A.P.O.S. acerca de que se encontraba trabajando y analizando el futuro reconocimiento de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad; a lo que cabe agregar a mi entender la ineludible pregunta de si la exigibilidad de ciertos derechos dependen o no del grado de desarrollo de cada sociedad y de sus instituciones, con especial referencia al artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23313).

Así las cosas, en las particulares circunstancias del caso, ante la inexistencia de normas que impongan de manera expresa la cobertura de tratamientos de fecundación asistida como el reclamado a las demandadas, no evidenciándose por lo antes dicho arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, a mi entender no puede desde el poder judicial y en el limitado ámbito del amparo tomar la decisión de ampliar las obligaciones de las accionadas más allá de su propia reglamentación y del Plan Médico Obligatorio (PMO) con sólo invocar la tutela constitucional de ciertos derechos, sin una fundamentación exhaustiva y dentro de un marco de discusión adecuado, dado que de lo contrario se corre el riesgo de invadir esferas propias de otros poderes del Estado; máxime al no correr riesgo la vida de las personas.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde declarar procedentes los recursos interpuestos por las Obras Sociales codemandadas y anular la sentencia impugnada al no resultar ésta una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En cuanto a las costas del presente recurso, siendo que -como quedó expuesto ut supra- la temática debatida resulta compleja, admitiendo distintas soluciones jurisprudenciales y, en especial, ante la existencia de pronunciamiento divergentes de distintos Órganos Jurisdiccionales inferiores de la Provincia, considero que las mismas deben ser soportadas por su orden.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Gutiérrez dijo:

En lo que es de interés al caso, surge de las constancias de la causa que la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de esta ciudad hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores ante el rechazo en Primera Instancia del amparo que dedujeron contra el Instituto Autárquico Provincial de Obras Sociales -I.A.P.O.S.- y contra la Obra social del Sindicato de Amas de Casa de la República Argentina -O.S.S.A.C.R.A.-; y, en consecuencia, admitió la pretensión tendente a obtener la cobertura de los costos de implementación de un tratamiento de fecundación asistida para ambos cónyuges según la técnica ICSI -invocada por éstos como la más adecuada para tutelar su derecho a la salud-, a tenor de lo presupuestado por la empresa médica PROAR; imponiendo tal obligación a ambas codemandadas en forma concurrente o “in solidum”.

Contra dicho pronunciamiento deducen las accionadas recurso de inconstitucionalidad con fundamento en el

supuesto previsto en el artículo 1ro., inciso 3ro., de la ley 7055, por entender que la sentencia resulta arbitraria, alegando que no corresponde la cobertura del tratamiento solicitado por los amparistas con sustento -esencialmente- en que dicha técnica no se encuentra prevista en el Programa Médico Obligatorio ni en otra norma expresa que le imponga tal obligación.

Planteada esta cuestión en el marco de un recurso de amparo, debo señalar que comparto lo expuesto por los señores Ministros doctores Falistocco y Spuler en cuanto a que el punto central a dilucidar en el presente consiste en determinar si la respuesta de las obras sociales codemandadas rechazando, en las especiales circunstancias del caso, la cobertura del tratamiento de fertilización asistida con los alcances reclamado por los actores resulta o no ser manifiestamente arbitraria o ilegítima a la luz de lo previsto en la ley 10456 y artículo 43 de la Constitución nacional.

En primer lugar debo aclarar que también entiendo que en el caso de autos no está en discusión que el derecho a la salud implica, según conceptualización de la Organización Mundial de la Salud, un estado de completo bienestar físico, mental y social y no sólo de ausencia de enfermedad, siendo la salud reproductiva una parte de ella vinculada a todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos (Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, Capítulo VII, Naciones Unidad). Que es un derecho fundamental que está íntimamente ligado con el derecho a la vida, de rango constitucional, ya que está reconocido por la Constitución nacional (artículos 14, 14 bis y 33), por nuestra Constitución local (artículo 19), como así también por los tratados

internacionales con rango constitucional (artículo 75, inciso 22 C.N.), como ser, por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por el artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 7 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 5.b de la Convención sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la mujer.

Por otra parte tampoco se desconoce que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud (Fallos:329:2552; 323:3229, etc.), tal como lo ha puntualizado esta Corte siguiendo sus lineamientos en A. y S. T. 231, pág. 381 al señalar que “el derecho a la salud está íntimamente ligado con el de la vida siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional”; y que la familia también goza de protección constitucional tanto a nivel nacional como local (art. 14 bis Constitución nacional, art. 23 Constitución provincial y tratados internacionales que contemplan ese derecho, como por ejemplo el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros).

Sentado ello, es de destacar que efectivamente todas estas normas de rango constitucional si bien otorgan amplia protección a los derechos de orden fundamental enunciados, no puede desconocerse su indeterminación en orden a si generan -o no- la obligación de otorgar cobertura a un específico tratamiento de fertilización asistida en los

términos pretendido por los actores y si dicho examen puede realizarse eficazmente en el marco excepcional de una acción de amparo. A ello se suma, muy especialmene, que tampoco del bloque normativo infraconstitucional, tanto nacional como local (ley 23660 -obras sociales-, ley 23661 -Sistema Nacional del Seguro de Salud-, Programa Médico Obligatorio -definido esencialmente por dichas leyes y resoluciones del Ministerio de Salud-, ley 24754 -medicina pre paga-, ley 25673 -programa nacional de salud sexual y procreación responsable-, ley provincial 11888 -salud reproductiva-, ley 8288 de creación del I.A.P.O.S y Disposiciones Generales de reglamentación interna), surge precepto expreso que imponga a las demandadas la cobertura pretendida en autos, ni que, por ende regule de manera alguna los modos, casos, legitimación y demás modalidades en las que se podría reclamar la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida.

Siendo ello así, forzoso es preguntarse, para saber si el pronunciamiento satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste a las recurrentes, si en las particulares circunstancias del caso, con la complejidad que rodea al mismo, ha existido por parte de las demandadas una restricción manifiestamente ilegal o inconstitucional al acceso a la prestación médica pretendida por los amparistas y si los sentenciantes han brindado una fundamentación suficiente en este aspecto central del caso.

Al respecto, debo señalar que no basta para fundar el pronunciamiento de la Sala enunciar y referir a cláusulas de raigambre constitucional sin establecer su particular alcance en el caso

concreto a fin de hacer pesar sobre las accionadas la obligación reclamada en la demanda, cuando éstas en su defensa han alegado la inexistencia de norma expresa que imponga tal obligación (en cuanto al I.A.P.O.S., en la disposición general nro. 0015/96 figura la práctica de fecundación asistida en el listado de prácticas “no nomencladas” y, en el caso de O.S.S.A.C.R.A., invoca -al igual que su codemandada- que la fertilización asistida no está incluida en el Programa Médico Obligatorio). Es que la lectura del fallo atacado revela que éste brinda elementos incompletos a fin de justificar acabadamente que estemos ante un supuesto de “manifiesta arbitrariedad” que autorice en el caso concreto y mediante la excepcional vía del recurso de amparo la admisión del particular reclamo, ante un supuesto en el que no corre riesgo la vida del paciente.

Así, pues, cabe puntualizar que si bien la vía intentada por los actores puede considerarse un cause idóneo para ventilar cuestiones orientadas a resguardar el derecho a la salud -que como se señalara es un derecho fundamental-, para que proceda la misma no basta con que estén amenazados derechos tutelados constitucionalmente, ya que no debe olvidarse que conforme a constante doctrina del Máximo Tribunal nacional y de esta Corte el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones, exigiendo para su apertura la concurrencia de requisitos muy particulares previstos en el texto constitucional para su procedencia, entre los que se encuentra la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas (cfr. criterio de A. y S., T. 179, pág. 195; T. 183, pág. 191, etc.; y criterio de Fallos:310:576 y 2740; 311:612; 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, etc); que “limitada la procedencia de la acción

de amparo a que el acto impugnado sea `manifiestamente ilegal y arbitrario' resultan excluidas de su ámbito las cuestiones opinables" (Fallos:297:65 y 300:47); y que la Constitución exige un plus a la arbitrariedad o ilegalidad y es que sea "manifiesta" es decir que surja con evidencia del acto mismo, o como dice Fiorini ("El recurso de amparo", L.L. T. 93, pág. 946) cuando el ataque es tan patente que se manifiesta podría decirse en forma física, visible, ostensible y notoria, caso contrario la pretensión no podrá ser admitida en el limitado marco del amparo (cfr. A. y S., T. 129, pág. 194, T. 179, pág. 152, etc).

A la luz de lo expuesto cabe concluir que la sentencia impugnada merece reproche constitucional al no lograr justificar debidamente la existencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, exhibiendo un déficit de fundamentación al no brindar una justificación suficiente en cuanto a cómo ante la ausencia de norma legal expresa que imponga la obligación pretendida por los reclamantes, deriva ésta necesariamente de los tratados internacionales y cláusulas constitucionales citadas. Máxime -reitero- al no encontrarse en riesgo la vida de los reclamantes y estar ante una cuestión cuya complejidad el juzgador no puede desentenderse a la hora de fallar.

Y es respecto precisamente de esto último que tampoco puedo soslayar -como señaló el señor Ministro doctor Spuler en coincidencia con el señor Ministro doctor Falistocco- que la complejidad de la cuestión aquí debatida revela la necesidad de una amplia participación de todos los involucrados en la presente problemática, no constituyendo la vía del amparo, por regla, la más adecuada para ello; que no es justificación

suficiente por parte de la Sala afirmar “que el hecho de que la prestación no esté contemplada en el Plan Médico Obligatorio no es óbice para viabiliazar su operatividad” para superar en el caso particular esa falta de previsión expresa; que cualquier sistema de salud tiene exclusiones y éstas -por regla- deben ser admitidas; que el tratamiento requerido es de alta complejidad lo que debería llevar a preguntarnos si la imposición por vía judicial de la cobertura de tratamientos de alto costo implicará o no una falta de cobertura de otras prestaciones a cargo de las Obras Sociales.

Como así también es de destacar que la distinta postura adoptada por la Jurisprudencia revela la necesidad imperiosa de una regulación legal que prevea todos los aspectos trascendentes involucrados en la materia; y que en el caso particular del I.A.P.O.S. ha manifestado que se encuentra trabajando y analizando el futuro reconocimiento de los tratamientos de fertilización asistida.

En este punto, cabe recordar muy especialmente lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que no incumbe a los jueces, en ejercicio regular de su misión, substituirse a los poderes del Estado en atribuciones que le son propias, ya que la función más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las facultades de otros poderes o jurisdicciones (doctrina sentada en “Cohen” del 13.03.1990, L.L. 1990-C-317; Hamilton “El Federalista”, Méjico, FCE, 2006, pág. 332).

En definitiva, por todo lo dicho y en las especialísimas circunstancias que rodean al presente, ante la ausencia de una norma expresa que imponga claramente en cabeza de las demandadas la

cobertura de tratamientos de fecundación asistida como el que se reclama, no se puede desde el poder judicial y en el limitado ámbito del amparo tomar la decisión de ampliar las obligaciones de las accionadas más allá de su propia reglamentación y del Plan Médico Obligatorio con sólo invocar de manera genérica la tutela constitucional de ciertos derechos, sin una fundamentación que atienda debidamente los aspectos trascendentes involucrados y dentro de un marco de discusión adecuada, dado que de lo contrario corremos el riesgo de invadir esferas propias de otros poderes del Estado.

Por ello, entiendo que corresponde declarar procedentes los recursos interpuestos por las Obras Sociales codemandadas y anular la sentencia impugnada al no resultar ésta una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En cuanto a las costas del presente recurso, siendo que -como quedó expuesto ut supra- la temática debatida resulta compleja, admitiendo distintas soluciones jurisprudenciales y, en especial, ante la existencia de pronunciamientos divergentes de distintos Órganos Jurisdiccionales inferiores de la Provincia, considero que las mismas deben ser soportadas por su orden.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Juez de Cámara doctor Drago dijo:

La materia de la causa ha sido desarrollada extensamente en este proceso, resultando el tema muy opinable y controvertido al estar involucradas razones de diversas índole, afectantes no

sólo de los intereses individuales de los accionantes sino igualmente en forma indirecta intereses colectivos por sus consecuencias sobre otros sectores sociales, determinante de la adopción de una postura de suma prudencia.

En tal orden de ideas, determinó producir mi propia convicción el voto del señor Ministro doctor Falistocco, abundante en fundamentaciones, sostenedor que para el reconocimiento del planteo formulado en la demanda de amparo, por sus especiales características, previamente es necesaria una legislación que reglamente minuiciosamente las técnicas de la fertilización asistida, incluyendo el control oficial de los materiales utilizados, los profesionales actuantes y los establecimientos sanitarios donde se concreten, con la finalidad de salvaguardar adecuadamente los derechos en juego, especialmente el derecho a la vida y a la salud de los embriones; materia que debe quedar dentro de la órbita del poder legislativo, dada la división de poderes que nos rige.

Como en la provincia no existe dicha legislación y sin desconocer proyectos, como lo ponen de manifiesto los votos de los señores Ministros doctores Spuler y Gutiérrez, a los que también adhiero, estimo que la sentencia de la Sala que impuso a los prestadores demandados la satisfacción del tratamiento asistencial no previsto en sus menues prestacionales, cae dentro del vicio de arbitrariedad por ilegalidad manifiesta (art. 1, inc. 3 ley 7055).

En consecuencia, voto por la afirmativa.

A la tercera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto por las Obras Sociales codemandadas y en consecuencia, anular la sentencia impugnada, disponiendo la remisión de los autos al Tribunal que corresponda para que juzgue nuevamente la causa. Costas por su orden.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Falistocco, Erbetta, Netri, Spuler y Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Drago dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia RESOLVIÓ: declarar procedente el recurso interpuesto por las Obras Sociales codemandadas y en consecuencia, anular la sentencia impugnada, disponiendo la remisión de los autos al Tribunal que corresponda para que juzgue nuevamente la causa. Costas por su orden.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto firmando la señora Presidenta, los señores Ministros y el señor Juez de Cámara, por ante mí, doy fe.

Fdo.: GASTALDI (en disidencia)-DRAGO-ERBETTA (en disidencia)-FALISTOCCO- GUTIÉRREZ-NETRI (en disidencia)-SPULER- Fernández Riestra (Secretaria)