

**Partes:** S. A. F. y o. c/ OSDE s/ amparo

**Tribunal:** Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de **Rafaela**

**Sala/Juzgado:** 5ta circ.

**Fecha:** 9-abr-2015

**Cita:** MJ-JU-M-92348-AR | MJJ92348 | MJJ92348

Obligación de la empresa de medicina prepaga de brindar a los amparistas la continuidad del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -y hasta lograr el embarazo- a través del prestador idóneo para tal fin.

### **Sumario:**

1.-Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida contra la empresa de medicina prepaga, a la que **ordena dar continuidad al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad iniciado -y hasta lograr el embarazo- incluyendo la provisión del 100% de la medicación, alojamiento, traslados y la cobertura integral de la donación de gameto masculino, congelación de material biológico y toda otra prestación necesaria a tal fin.**

2.-**La limitación a la cantidad de tratamientos que se deben realizar en la paciente es un tema que se debe circunscribir a la condición médica de la mujer y según los parámetros técnicos adecuados, más que por el texto literal de una disposición normativa así, hay que estar por la posición que resguarde y favorezca el derecho a la salud tutelado.**

### **Fallo:**

En la ciudad de Rafaela, a los **9 días del mes de abril del año dos mil quince**, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Circunscripción Judicial, Dres. Alejandro A. Román, Beatriz A. Abele y Lorenzo J. M. Macagno, para resolver el recurso de **apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Señora Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Cuarta Nominación de esta ciudad**, Dra. María José Álvarez Tremea, en los autos caratulados: "Expte. N° 46 – Año 2015 – S., A. F. y F., A. S. c/ O.S.D.E.

-Deleg. Rafaela- s/ AMPARO".

Dispuesto el orden de votación, en coincidencia con el estudio de la causa resulta: primero, Dr. Alejandro A. Román; segunda, Dra. Beatriz A. Abele; tercero, Dr.

Lorenzo J. M. Macagno.

Acto seguido el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1era.: ¿Es justa la sentencia apelada? 2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir? A la primera cuestión, el Dr. Alejandro A. Román dijo:

1. De los antecedentes de la causa, y en lo que aquí concierne, surge lo siguiente. La sentencia de mérito dictada en la instancia anterior (fs. 68/74), y que ha sido cuestionada por la parte demandada, hace lugar a la acción de amparo promovida contra O.S.D.E.-Organización de Servicios Directos Empresariales- Delegación Rafaela, **a la que ordena dar continuidad al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -y hasta lograr el embarazo- en "CIGOR S.A." de la ciudad de Córdoba, o a través del prestador que resulte idóneo para lograr el fin pretendido, otorgando a los amparistas en particular la cobertura integral del segundo tratamiento de fertilización asistida iniciado en Septiembre/2014, incluyendo la provisión del 100% de la medicación, alojamiento, traslados y la cobertura integral de la donación de gameto masculino, congelación de material biológico y toda otra prestación necesaria a tal fin.**

Impone las costas a la parte demandada y, asimismo, **le hace saber que en caso de incumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, se aplicarán sanciones conminatorias por la suma de \$500,00 diarios a partir de la notificación de la referida decisión.** También, difiere la regulación de honorarios profesionales para cuando se establezca la base económica del litigio.

2. Contra dicha resolución, la parte accionada interpone recurso de apelación (fs. 75/86; vide réplica de la contraria: fs. 91/92), lo que se concede de conformidad (fs. 90) y habilita así esta instancia revisora.

Radicados los autos en esta sede (fs. 96), quedan estas actuaciones en condiciones de ser resueltas.

3. **Los cuestionamientos de la parte recurrente se dirigen a: los límites del tratamiento, cuya interpretación efectuada por la Sra. A quo, estima agravante; así como sobre el alcance dado a la cobertura de medicamentos y a la cobertura integral en favor de los amparistas y que no se tuvo en miras lo dispuesto por la normativa vigente aplicable respecto a los prestadores que deberán llevar adelante la práctica médica requerida.**

También se cuestiona la imposición de costas a su cargo.

4. En el caso en estudio el punto litigioso se circunscribe en la tutela al derecho a ser padres biológicos. En otros términos, los reclamantes pretenden proteger su

salud -en su aspecto fertilidad- por medio de la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en un centro de reproducción asistida, comprendiendo todas las prestaciones necesarias a tal fin.

Los extremos fácticos que sustentan la petición no se encuentran controvertidos; concretamente, me refiero a la esterilidad primaria de 1 año, esto es: la infertilidad por factores masculinos y/o femeninos.

Ahora bien, a fin de dar respuesta al interrogante que se plantea a este Tribunal, voy a comenzar -como lo he hecho en reiteradas oportunidades en que he tratado este tema- por ubicar el problema en el ámbito que le corresponde; es decir, en el campo de los derechos humanos; y, dentro de éste, en el derecho a la salud.

El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos los arts. VI y XI de la “Declaración Americana de los Derechos del Hombre”; los arts. 7, 8 y 25 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; los arts. 24 y 25 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”; los arts. 9, 10 y 12 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; los arts. 23 y 26 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; los arts. 2.c y 12 de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”.

Delimitada, entonces, la órbita en la cual se encuadra la presente acción, y a fin de resolver el fondo de la misma, paso a analizar la impugnación de la parte demandada, confrontadas de un modo integral con la sentencia cuestionada.

Al respecto, recuerdo que esta Cámara de Apelación -y con su actual integración- ha manifestado su posición sobre el tema. Así, se señaló que “el amparo es la vía adecuada para tratar casos como el presente, toda vez que se hallan comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud, y no existe una vía procesal más idónea para su tutela.” (del voto del Vocal Dr.

Macagno, con adhesión de la Vocal Dra. Abele, en “Tschannen”, del 04.06.2013). Y que, en función de las circunstancias biológicas de los interesados (puntualmente, la edad), “.las vías ordinarias podrían llegar demasiado tarde y de allí el peligro en la demora, susceptible de transformarse en daño irreparable, que franquea esta excepcional acción.” (conf. Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, sala I, 30/07/10, “M., M.A. y otros c/ I.A.P.O.S. y otro s/ amparo”, La Ley Litoral, 2010, 846, con nota de Adriana N. Krasnow; también en La Ley 2010-E, 286, con nota de María Soledad Webb; Cita Online: AR/JUR/39596/2010, La Ley Online, y las citas doctrinarias y jurisprudenciales consignadas en el excelente y exhaustivo voto del Dr. Edgardo Ignacio Saux).

A esta altura de la litis **no se controvierte que la infertilidad “es una enfermedad”.** Incluso, así lo han señalado tanto la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambas han considerado la infertilidad como una enfermedad, refiriendo ésta última incluso que “.Los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad del sistema reproductivo, definida como incapacidad de lograr un embarazo clínico.” (CIDH, “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) c/ Costa Rica”, 28/11/12, La Ley 2013-A, 160; 2013-B, 379; Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-V, 283; Cita Online: AR/JUR/68284/2012).

También, expresó esta Cámara en el precedente mencionado que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse en el caso ‘Artavia Murillo’ estableció pautas de insoslayable aplicación al caso bajo estudio. Así puso de resalto que **el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general.** La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. **Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (párrafo 145); “.el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho ‘a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos’. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.**

Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.” (párrafo 146); “.en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. En el

ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.” (párrafo 147); “.el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.” (párrafo 150); “.el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana” (párrafo 189); “.la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención” (párrafo 264); “.la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión

individual como de pareja” (párrafo 272); “.este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (párrafo 273); “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique.

‘Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, ésta puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo” (párrafo 286); “.La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta” (párrafo 287); “.La Corte toma nota de que la Organización Mundial por la Salud (en adelante ‘OMS’) ha definido la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.” (párrafo 288); “.Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las

personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.” (párrafo 292); “.Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad . debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva” (párrafo 293). Luego de aludir a la discriminación indirecta en relación con la situación económica de las parejas infértiles de menores recursos, la Corte concluyó que en el caso no fueron ponderados ni se tuvieron en cuenta los otros derechos en conflicto, lo que implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia, que tuvo efectos discriminatorios en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica (párrafos 314, 315 y 316), y declaró que en el caso fueron violados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana (párrafo 317) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c/ Costa Rica”, 28.11.2012, La Ley 2013-A,160; La Ley Cita Online:

AR/JUR/68284/2012); que, como señalé antes, corresponden al voto del Dr.

Macagno en el precedente “Tschannen” de esta Cámara de Apelación, con la adhesión de la Dra. Abele.

Ambas opiniones con las que coincido plenamente (cfr. votos del suscripto en “García y Minacci c. Mutual Federada Salud – Deleg. Rafaela” del 20.02.2014, Resol.18, T. 22, Folio 61; “Fernández y Basualdo c. OS.PE.CON” del 04.09.2014, Resol. 219, T. 23, Folio 203); entre otros.

A ello agrego que la limitación a la cantidad de tratamientos que se deben realizar en la paciente es un tema que se debe circunscribir a la condición médica de la mujer y según los parámetros técnicos adecuados, más que por el texto literal de una disposición normativa. Y más allá de cualquier disquisición interpretativa sobre el punto me inclino por una posición que resguarde y favorezca el derecho a la salud tutelado.

Por lo demás, la discrepancia de la recurrente respecto al alcance de las coberturas por medicamentos e integral en favor de los amparistas tampoco puede tener recepción favorable. Como lo he referido en párrafos anteriores el derecho a la salud que consagran las normas constitucionales y supraconstitucionales tiene íntima relación con el derecho a la vida y comprende aspectos que se relacionan con la reproducción humana asistida y la consecuente posibilidad de concreción de un proyecto de vida familiar.

Así, pues, el acceso a los tratamientos de fertilización asistida debe garantizarse en un ámbito de libertad y respeto de la vida privada y familiar, sin diferencias discriminatorias, en miras de una paternidad y maternidad responsables y con ajuste a un criterio de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue, cuyo cumplimiento no puede verse limitado por el piso mínimo impuesto por el Programa Médico Obligatorio u otra disposición reglamentaria.

Asimismo, y en lo que refiere al prestador a cargo de la práctica, si bien la sentencia refiere expresamente a que la prestación se efectúe en "CIGOR S.A." de la ciudad de Córdoba, también es cierto que no lo circunscribe solamente a dicho instituto sino que deja abierta la opción a cualquier otro centro médico que resulte idóneo para lograr el fin pretendido. Y, si bien dicha decisión está supeditada a que ello resulte necesario para el fin perseguido, entiendo que no fundamenta una modificación en la sentencia que se revisa pues la posibilidad que plantea la recurrente se encuentra allí expresamente contemplada.

Por último, la queja sobre la imposición de costas tampoco puede prosperar, pues conforme al criterio objetivo de distribución de los gastos del litigio, teniendo en cuenta lo señalado tanto en la instancia anterior como en ésta -que, conforme a mi estudio, si mis colegas coinciden, debería confirmarse la decisión anterior- cabe que sea la demandada quien los asuma.

Lo señalado, entiendo, que es suficiente para la emisión de mi voto.

5. Por todo lo expuesto, me expido en favor de rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el decisorio de primera instancia.

Para concluir: ante la pregunta formulada al comienzo y que motiva el desarrollo de mi voto, mi respuesta es afirmativa.

Así voto.

A esta primera cuestión, los Dres. Beatriz A. Abele y Lorenzo J. M. Macagno dijeron que hacia suyos los conceptos y conclusiones a que arribara el Juez de Cámara preopinante y por lo tanto, votaron en el mismo sentido.



A la segunda cuestión, el Dr. Alejandro A. Román dijo:

Como consecuencia del estudio realizado a la cuestión anterior, propongo a mis colegas dictar la siguiente resolución: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada; y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada en cuanto ha sido materia de revisión. 2) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada. 3) Fijar los honorarios en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Así voto.

A la misma cuestión, los Dres. Beatriz A. Abele y Lorenzo J. M. Macagno dijeron que la resolución que corresponde adoptar era la propuesta por el Juez de Cámara Dr. Alejandro A. Román, y en ese sentido emitieron sus votos.

Por las consideraciones del Acuerdo que antecede la CAMARA DE APELACION CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL, RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada; y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada en cuanto ha sido materia de revisión. 2) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada. 3) Fijar los honorarios en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

Concluido el Acuerdo, firmaron los Jueces de Cámara por ante mí, doy fe.

Alejandro A. Román

Juez de Cámara

Beatriz A. Abele

Juez de Cámara

Lorenzo J. M. Macagno

Juez de Cámara