

**Voces:** COBERTURA MEDICA ~ DERECHO A LA SALUD ~ DONACION DE CELULAS REPRODUCTIVAS ~ DONACION DE OVULOS ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ MEDICINA PREPAGA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza(C2aCivComMinasPazyTribMendoza)

**Fecha:** 01/04/2015

**Partes:** V. A. V. L. c. OSDE (Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas) s/ acción de amparo

**Publicado en:** La Ley Online;

**Cita Online:** AR/JUR/4179/2015

#### **Hechos:**

Una afiliada a una empresa de medicina prepaga que padece una alteración de su calidad ovocitaria promovió una acción de amparo a fin de solicitar la cobertura de los tratamientos de fertilización necesarios para lograr su embarazo. La sentencia le hizo lugar, pero difirió el tratamiento de la pretensión referida al procedimiento de fecundación mediante ovodonación. La Cámara modificó este último tramo del decisorio.

#### **Sumarios:**

1. Una empresa de medicina prepaga debe proveer a una afiliada la cobertura integral del tratamiento de fertilización por técnica ICSI con óvulos propios y con ovodonación, mientras su estado físico lo permita y exista viabilidad de embarazo, hasta un máximo de tres tratamientos anuales, pues denegar dicha prestación resultaría un acto teñido de arbitrariedad, al vedar las chances de aquella de ser madre y cercenar su derecho a la salud reproductiva.

#### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

##### **Tribunal Superior Provincia**

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Asuntos Originarios y Constitucional (No Recursos) y Contenc.Adm, en “D., G. A. c. Medicus S.A. s/ incidente ppal. 25031 13 Dr. Giraudy s/ apelación”, 30/05/2014, LA LEY 30/09/2014, 7, LLPatagonia 2014 (octubre), 548, DJ 29/10/2014, 47, DJ 19/11/2014, 53, AR/JUR/42271/2014, sostuvo que la empresa de medicina prepaga debe brindar cobertura integral en el tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con ovodonación a un afiliado, dado que la práctica se encuentra actualmente legislada por la ley 26.862, por lo que no existe obstáculo para su otorgamiento; el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en “L., A. del C. c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN)”, 28/03/2012, LA LEY 14/05/2012, 7, LA LEY 2012-C, 252, LA LEY 24/05/2012, 6, LA LEY 2012-C, 381, AR/JUR/5324/2012, sostuvo que la obra social accionada debe cubrir en su totalidad el tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICSI mediante ovodonación prescripto a una afiliada, pues la posibilidad de revertir a través de dicho tratamiento la infertilidad como enfermedad que impide la procreación pone en juego derechos fundamentales primarios de la persona y preexistentes al Estado, como son los derechos naturales a la vida, salud y dignidad.

##### **Ver Tambien**

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “D. B., V. I. y otro c. OSSEG s/ amparo”, 05/09/2013, DFyP 2014 \(enero\), 216, DFyP 2014 \(abril\), 235, AR/JUR/71186/2013; Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 5 de Mendoza, “C., M. A. c. OSPELSYM s/ accion de amparo”, 19/06/2014, DFyP 2014 \(septiembre\), 241, AR/JUR/27874/2014.](#)

(\*) Información a la época del fallo

2. El hecho de que la ovodonación no se encuentre entre las prestaciones previstas en el Plan Médico Obligatorio o en el contrato de medicina prepaga no obsta al otorgamiento de su cobertura, pues no puede soslayarse la naturaleza del servicio que presta la empresa demandada, que está estrictamente relacionado con la atención médica, la relevancia y protección de los derechos a la vida, la salud y la reciente recepción legislativa de la problemática de la infertilidad a nivel provincial y nacional.

#### **Texto Completo:**

2ª Instancia.- Mendoza, abril 1 de 2015.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde? 2ª Costas

1ª cuestión. — La doctora Marsala, dijo:

1. Llegan estos autos a la Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 469/475 por OSDE y a fs. 478/482 por la actora contra la sentencia del 17 de noviembre de 2014, obrante a fs. 406/411.

2. La Sra. Juez que me precedió en el juzgamiento razonó del siguiente modo:

-la acción de amparo es una acción autónoma que tiene un objeto propio, el de restituir la situación jurídica

restringida o el de que cese inmediatamente la lesión constitucional implicando un derecho de los particulares a la jurisdicción.

-el art. 43 de la C.N. expresamente dice que toda persona puede interponer acción rápida y expedita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución.

-la temporaneidad del presente está cuestionada ya que señala la demandada que la actora fue notificada el 14/01/2014 e interpuso el amparo recién en agosto del corriente año, es decir fuera del plazo previsto por la ley.

-no obstante la expresión literal del art. 13 del dec. Ley 2589/75, en materia de salud se ha sostenido que cuando de acto lesivo a la salud o vida se mantiene en el tiempo, puede hablarse de “ilegalidad continuada”, en cuyo caso puede admitirse sal-tar el valladar impuesto por el plazo de caducidad previsto en el proceso de amparo, como supuesto de excepción.

-a Tercera Cámara Civil de Mendoza dispuso in re Mayorga que la aplicación irrestricta del plazo de caducidad a la interposición de la acción de amparo debe que-dar salvada en ciertos supuestos en los cuales se encuentran en juego el derecho a la salud y, por lo cual, no puede subordinarse dicho valor tan preciado al acaecimiento de un plazo de caducidad.

-reconoce la demandada que a posteriori de la CD que remitiera en enero de 2014, en los meses de febrero y mayo de 2014 cubrió dos tratamientos que fueron cubiertos por la obra social, debiendo la actora afrontar el pago del 60% de los medicamentos. Conforme certificado de fs. 28 -reconocido a fs. 169- el médico tratante aconseja un nuevo tratamiento y OSDE al contestar demanda en el punto VI a) dice que no se niega a afrontar el costo del tercer tratamiento recomendado, pero -ver B)- la negativa se expresa al requerimiento de afrontar el 100% del costo de los medicamentos y la posible necesidad de uno posterior que requiera ovodonación.

-atento a que el estado de la amparista sigue revistiendo las mismas o empeoradas condiciones, la presente acción, entablada con fecha 11/08/2014, debe reputarse tempestiva.

-la actora solicita cobertura integral (100%) de la prestación fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con óvulos propios y en caso de no tener resultado positivo y lo prescriba el profesional médico que la asiste recurrir al tratamiento ICSI con ovodonación, sin límites en la extensión de cobertura y hasta lograr el embarazo, incluyendo la medicación y los todos gastos que ello demande.

-que el derecho a la salud implica aún la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre, accediendo de manera originaria a una familia monoparental, sin que importe que dicha persona esté sola, casada o en pareja con una persona de su mismo sexo o de sexo diverso, razón por la cual estima improcedente en el tratamiento de la presente, de la defensa de inexistencia de patología en la afiliada, ya que ella titulariza el derecho a elegir con quién tener un hijo, y si de esta elección resulta la imposibilidad de conseguirlo naturalmente, dentro de su órbita de derecho se encuentra la facultad de acudir a técnicas de reproducción asistida e intentar, como en el caso de marras, que la misma sea contemplada dentro de su plan de salud sin necesidad de acreditar patología alguna.

-rigen en nuestro país cuatro leyes aplicables a la situación fáctica fundante del presente amparo: la ley 25.673 impone al Estado la obligación de proveer lo necesario para la preservación de la

familia, especialmente para su constitución y procreación responsable, a fin de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual, adoptando decisiones libres de discriminación, coacción o violencia; la Ley 2862 y su decreto reglamentario; la Ley de Discapacidad 22.431 (con sus actualizaciones de leyes 25.635, 25.634, 25.504, 24.901, 24.314, 24.308, 23.876, 23.021) y la Ley 24.240 modificada por L. 26.361; todas ellas en concordancia con los derechos constitucionales amparados y los tratados internacionales de rango.

-la ley 26.862 establece que una persona puede acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

-OSDE no desconoce ni niega el estado médico de la amparista, su falta de salud o la justificación fundante de los tratamientos que solicita, expresamente consigna que en la actualidad no puede cubrir dichos tratamientos con provisión de gametos en virtud de que no existe en nuestro país un Banco inscripto ReFES, además afirma la demandada que la provisión de medicamentos a la que está obligada en los casos contemplados, se rige por el PMO que determina que debe cubrir sólo el 40% de los mismos.

- varios fallos han determinado que el PMO es un estándar mínimo de prestaciones cuya enumeración no es taxativa, pudiendo ser ampliada por los magistrados ante la determinación de las necesidades poblacionales que en materia de salud varían y aumentan en forma continuada y sobre todo ante la imposición legal de cobertura

integral, ello no implica de manera alguna una invasión de poderes por parte del sentenciante, ya que los jueces deben garantizar la vigencia efectiva de las normas constitucionales e infraconstitucionales.

-dice que la afirmación que realiza tiene implicancias económicas en la actividad de las empresas de medicina prepaga y que sería ilegítimo poner en riesgo la prestación de otros afiliados por la cobertura de tales prácticas, pero en autos esta alegación es abstracta y dada la tendencia legislativa y jurisprudencial que viene aconteciendo en el país en la última década, el reclamo de la actora no puede haber tomado a la demandada por sorpresa, quien dentro de sus obligaciones contractuales como proveedor del servicio de salud debió comenzar a prever estas hipótesis y adoptar los remedios necesarios para mantener la ecuación económica del sistema.

-corresponde hacer lugar a la presente acción y, en consecuencia, ordenar a la demandada provea a la actora cobertura integral (100%) de la prestación fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI mientras su estado físico lo permita y lo prescriba fundadamente el profesional médico que la asista, hasta un máximo de TRES por año y mientras exista viabilidad de embarazo, incluyendo la medicación y los gastos que ello demande.

-la actora expresamente solicita que en caso de no tener resultado positivo y lo prescriba el profesional médico que la asiste, en los tratamientos realizados con óvulos propios, se otorgue cobertura a la fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con ovodonación,

-advierde que el pedido ha sido realizado en subsidio y no consta en los presentes que la provisión de gametos sea necesaria, por lo que difiere el tratamiento de la cuestión hasta tanto exista en

estos autos prescripción médica determinante para la actora, en razón de que por economía procesal y protección de los derechos de la amparista, las exigencias formales deben ser flexibilizadas, dado que no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas -entre las que se incluye el juicio de amparo-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional..." (cfr. CSJN, sentencia del 30/10/07, "María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial", en La Ley del 15/11/2007).

-impone las costas y costos del presente proceso a la demandada en virtud del principio chiovendano de la derrota y se regulen los honorarios profesionales de conformidad con la labor realizada hasta el dictado de la presente en autos en virtud de lo prescripto por el art. 10 de la L.A.

3. A fs. 469/475 funda su recurso OSDE.

En primer lugar sostiene que al diferir la resolución de un supuesto tratamiento de ovodonación para el momento en que sea prescripto es injusto y violatorio de su derecho de defensa ya que deja la instancia abierta indefinidamente.

El segundo agravio estriba en que no se rechazó la vía del amparo.

Sostiene que a actora debió concluir la correspondiente instancia administrativa por ella iniciada ante la Salud, quien aún no cuenta con resolución definitiva, lo que resulta un obstáculo declarado como tal por la LA.

Señala que todo tipo de reclamo vinculado a la cobertura de prácticas no contempladas en el PMO y sus complementos debe ser presentado ante la Salud que tiene sede en Mendoza.

Argumenta que en el caso, la solicitud de cobertura total de los medicamentos necesarios para un tratamiento de fertilidad (8FIV por técnica ICSI) y la hipotética ovodonación, son dos prestaciones a las que no se encuentra obligada OSDE a brindarle en el porcentaje requerido por la actora, para el primer caso y en ninguna de sus formas para el segundo dada la imposibilidad material de brindarla por inexistencia de habilitación de centro de gametos conforme ley y reglamentación vigentes que lo exigen.

Aduce que la amparista inició reclamo ante dicho organismo, pero dicha instancia no cuenta aún con dictamen definitivo que le ponga fin o, por lo menos, su parte no ha sido notificada de ello, por lo que, encontrándose aún pendiente y abierta la misma, considera que una resolución en la instancia judicial es improcedente.

Por otra parte, le causa agravio la admisión formal del amparo porque la acción no reúne los siguientes requisitos: a) no hay que restituir ninguna situación jurídica restringida ya que lo solicitado por los actores está fuera de la ley vigente en la materia; b) no existe lesión constitucional, ya que no se ha violado con el accionar de la demandada ninguna norma constitucional ni ningún tratado internacional, sino que el accionar ha sido amparado por dichas

normas; c) no existe urgencia que justifique la inexistencia de una vía más idónea para canalizar el reclamo; d) la acción ha sido interpuesta en forma extemporánea; e) no se ha agotado la vía administrativa previa.

Señala que la acción ha sido deducida en forma extemporánea ya que el día 14 de enero la actora recibe la

CD con la respuesta de OSDE y para fecha 17 de enero de 2014, presenta ante la SSSalud la copia de respuesta enviada a la beneficiaria, con lo cual es en última instancia, desde esa fecha que deben comenzar a computarse los plazos, en consecuencia, el plazo de los diez días corridos desde que se tomó conocimiento del hecho o acto lesivo, se ha cumplido dado que la Sra. V. presenta la acción de amparo el 11 de agosto de 2014.

Sostiene que el a quo yerra cuando, para beneficiar a la actora, invoca una presunta ilegalidad continuada, puesto que OSDE obró conforme a la legislación vigente en la materia al momento de la solicitud, razón por la cual no existe ilegalidad alguna.

Se agravia porque la sentenciante condena a brindar una cobertura al 100% respecto de la medicación necesaria para el tratamiento requerido por la actora. En el caso puntual de la cobertura del tratamiento FIV por la técnica ICSI destaca que OSDE brinda cobertura integral del mismo, en cumplimiento de la ley 26.862 y su Decreto 956/13 dictado en 2013 y lo hace a través de los especialistas e instituciones por ella contratados, en el particular, Clínica Cuyo, especialista Dr. L. S., todo lo cual fue informado oportunamente a la actora, así como en la respuesta presentada ante la SSSalud e igualmente fue expresado en el escrito de contestación de demanda.

Señala que imponerle a OSDE la cobertura de medicamentos al cien por ciento supone una cobertura extra-*legem* y por tanto improcedente. Ello así porque expresamente el art. 8 del Decreto 956/13 establece que “quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias”. Quedan incluidas en el PMO los procedimientos y las técnicas de diagnósticos, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida regulada en el art. 8 de la ley 26.862...”; por lo tanto, siendo que la autoridad de aplicación -Ministerio de Salud- por Resolución 310/4 M Salud contempla los medicamentos inherentes a los tratamientos de reproducción asistida, este agente del seguro de salud debe estar a lo que dispone dicha resolución en cuanto al alcance y porcentaje de cobertura, hasta tanto el Ministerio de Salud indique lo contrario.

Expresa que, en el caso, los medicamentos que la actora describe en su pedido, son cubiertos por OSDE en un 40%, en tanto dicho porcentaje es el que actualmente se encuentra establecido por el Formulario Terapéutico del PMO. Sin perjuicio de ello, el PMO actualiza periódicamente, ello a través de las Res. 310/04; 758/04; 1747/05; 1991/05/ 806/07; 232/067 y 1714/07 M Salud, Res. 755706 SSSalud, incluso el poder Legislativo ha decidido incorporar nuevas prestaciones en el PMO a través de leyes 25.929; 25.673; 26.130; 26.279; 26.281; 26.396 y 26.588, pero expresamente sobre el tema en particular aún no se ha pronunciado.

Afirma -entonces- que OSDE no ha negado la cobertura que por ley corresponde y lejos esta de haber incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna, al contrario, ha actuado de acuerdo con las obligaciones asumidas contractualmente y que la obligaba la legislación vigente al momento de la solicitud de la actora.

En cuarto lugar se agravia porque el inferior decide diferir el tratamiento de la pretensión referida a la cobertura integral del procedimiento de fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con ovodonación hasta tanto exista en estos autos prescripción médica determinante para la actora, cuando debió rechazar la petición.

Expresa que, de la prueba incorporada a estos obrados la actora no ha probado la necesidad, ni siquiera que exista prescripción médica, para realizar dicho tratamiento, razón por la cual, realizando un razonamiento lógico, dicha solicitud debió ser rechazada.

Aduce que la resolución del inferior es arbitraria y contraria al principio de congruencia, deja abierta la sentencia para el momento en que la actora obtenga las probanzas necesarias para acoger el reclamo. Nótese la gravedad de la situación: OSDE queda sometida a la voluntad y arbitrio de la actora, quien, al conseguir algún médico que le prescriba la práctica se verá con derecho a obligar a la obra social a cubrir la misma.

El quinto agravio es la imposición de costas.

Sostiene que OSDE no se negó ilegítima ni caprichosamente a cubrir una prestación requerida por la socia sino que actuó conforme con la normativa vigente aplicable al tiempo del reclamo: 1. Cobertura del tratamiento FIV por técnica ICSI -cobertura integral-; Cobertura de medicación para el tratamiento referenciado -40%-; cobertura total de una futura e hipotética ovodonación: resulta materialmente imposible por las razones dadas, por lo que solicita se revoque la condena en costas.

4. A fs. 490/495 contesta la actora a cuyas consideraciones me remito en mérito a la brevedad.

5. A fs. 478/481 funda su recurso V. L. V. A.

Se agravia de que la sentencia difiera el tratamiento de la ovodonación cuando, al iniciarse la acción de amparo, se solicitó expresa y claramente la cobertura integral en la fertilización *in vitro* y que, en caso de resultar negativo el tercer intento y apoyados en la prescripción médica, tener la opción de recurrir al tratamiento ICSI con ovodonación.

Señala que el planteo de la demanda no fue un pedido abstracto, ni en subsidio, sino que hay un estado de salud -endometriosis grave, reserva ovárica escasa en franca disminución, etc.- que demanda una atención

compleja e inminente.

Expresa que, de las pruebas producidas a fs. 98, 103, 111, 129, 130, 150, 169 surge la necesidad de la ovodonación.

Aduce que la actora requirió reiteradas y complejas por la endometriosis cirugías que han ido cercenando su salud, que ha realizado sin éxito tratamientos de fertilización in vitro previos -abonando gran parte de la costosa medicación- con resultado negativo -por baja respuesta ovárica- y que tuvo que recurrir a la vía del amparo para intentar el ICSI por tercera vez -última viable según estudios científicos- esta vez con cobertura integral de la demandada.

Argumenta que, ante lo narrado es lógico que haya solicitado también esta vía y que se le otorgue rápidamente y sin más diferimientos el acceso inmediato a la ovodonación teniendo la correspondiente prescripción médica que certifica la alta posibilidad de resultados positivos.

Señala que, en el caso el tratamiento solicitado tiene una doble finalidad: obtener un embarazo viable y lograr la remisión de su grave endometriosis.

En conclusión solicita que se cumpla con las leyes 23.660 y 23.661 que contemplan la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la OMS define como reproducción médicamente asistida, otorgándosele a la actora la totalidad de lo peticionado en forma integral (ICSI sin o con ovodonación conforme prescripción médica según la evolución de la salud).

6. A fs. 501/503 contesta OSDE a cuyas consideraciones me remito en mérito a la brevedad.

7. A fs. 508 se llaman autos para resolver.

8. Solución del caso

8.1. Recurso de O.S.D.E.

8.1.a. El primer agravio está dirigido al acogimiento de la vía del amparo.

Anticipo que desestimaré el agravio

A) He admitido la procedencia del amparo en casos de fertilización asistida en autos Nro. N° 250.230/50.171 caratulada: “Gaia Juan Sebastián Contra Cimesa p/ Acc. Amparo”, allí dije, con anuencia de mis colegas de Cámara:

“...Ha dicho la CSJN 23/11/2010 en - Provincia de San Luis c. Estado Nacional, publicado en LA LEY 16/12/2010: 1) que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097; 330:1279, entre muchos otros); 2) que la acción sub examine es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba. La demostración de tales extremos es imprescindible para su procedencia (Fallos: 330:2255); 3) siempre que aparezcan de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo; sin embargo agregó que “...en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios” (Fallos: 241:291); 4) la doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal excepcional no ha sido alterada por la inclusión en la reforma constitucional de 1994 del artículo 43. Esta norma, al disponer que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo” mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba y por tanto no se da el requisito de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 275:320; 296:527; 302:1440; 305:1878; 306:788; 319:2955 y 323:1825 entre otros)...”.

“...El bloque constitucional.

Bien se ha sostenido que: “...frente a las teorías “verticalistas”, para las que los derechos fundamentales sólo tienen aplicación en las relaciones entre los individuos y el estado y/o demás entes públicos, las últimas décadas han sido testigos del auge de las posturas “horizontalistas” y, dentro de ellas, las “horizontalistas directas”

(conforme a esta teoría, “la regulación de las relaciones privadas está automáticamente sujeta a las disposiciones del catálogo -constitucional- de derechos fundamentales. En consecuencia, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares (...) sin necesidad de un acto del legislador o de alguna otra mediación o cualificación). Así, en lugar de confiar en una división artificial de lo público y lo privado, debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas y, consecuentemente cualquier tipo de relación -pública o privada- quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Sólo de ese modo se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección de la persona humana...”.

“...Las normas jurídicas no se encuentran aisladas entre sí, sino que se interrelacionan en un sistema coherente y legitimado -interna y externamente- denominado ordenamiento jurídico, que contiene normas materiales sustantivas y normas destinadas a regular la producción de normas. Dicho ordenamiento está presidido por la Constitución que es la fuente básica o creadora, o sea, establece cuáles son los actos o hechos a los que atribuye la capacidad para producir normas jurídicas. La Constitución, como norma primaria de producción, es la fuente de las fuentes -norma normarum- y, como tal es la única que define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una norma será válida y vinculante...”.

“...La reforma constitucional operada en el año 1994 ha marcado un hito en la historia de nuestra Carta Magna, trayendo consigo cambios fundamentales en el ordenamiento jurídico vigente, entre los cuales, sin hesitación alguna, el más importante ha sido la jerarquización de varios instrumentos internacionales de derechos humanos...”.

“...Así, la modificación del art. 75 inc 22 ha significado un notable avance en dos sentidos. En primer lugar, por la mención expresa de la jerarquía superior de los tratados internacionales frente a las leyes internas, referencia que ha venido a reforzar los antecedentes jurisprudenciales que ya sostenían esta superioridad pese a la confusa redacción del art. 31 de la Constitución Nacional. En segundo término, por la recepción de ciertas declaraciones y convenciones con rango constitucional, que ha dado lugar a lo que buena parte de la doctrina constitucional argentina haya acuñado del derecho comparado el concepto “bloque de la constitucionalidad”, adicionándole el adjetivo “federal”, para denominar la regla de reconocimiento de doble fuente -interna e internacional, comprensiva de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales mencionados con jerarquía constitucional, sea en forma originaria -a través del art. 75, inc. 22, 2do. párr- o derivada -mediante el procedimiento diseñado en el art. 75. Inc. 22, último párrafo; las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos...”.

“...Siguiendo a Bidart Campos, el bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que no forman parte del texto de la Constitución, sino que permanecen fuera de él compartiendo con aquél su misma supremacía y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de la normas infraconstitucionales...”.

“...Los derechos humanos reconocidos a raíz de este nuevo orden resultan, entonces y en términos de Alexy, principios de derecho fundamental que forman parte de la regla del reconocimiento constitucional y resultan vigentes para la sociedad en su conjunto porque han sido delineados por los representantes del pueblo a través de las Convenciones Constituyentes. Conforman, en síntesis, un mínimo fundamental, común y abarcativo para toda la comunidad, que no puede ser desconocido por las reglas secundarias infraconstitucionales, las cuales sólo serán válidas en la medida que cumplan con las formas de producción y con los contenidos que emanan de los derechos fundamentales contemplados en la regla de reconocimiento...” (conf. Gil Domínguez, Fama, Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, 2006. Tomo 1, 2 y sigs)...”.

“...6.IV. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la causa Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica - 28/11/2012, Publicado en: LA LEY 28/12/2012 , 8 Cita online: AR/JUR/68284/201 la CIDH resolvió: “...el Tribunal interpretará la Convención Americana en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia...”

“...142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de

los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones...”

“...143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico...”

“...144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas...”

“..145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. 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...”

“...146. En segundo lugar, 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...”

“..147. En tercer lugar, la Corte resalta que, 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...”

“...148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el 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, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”...”.

“...149. Además, según el Programa de Acción de la Conferencia, deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a “garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en [...] la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva”. En la Plataforma de Acción, aprobada conjuntamente con la Declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”. De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia”. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables...”.

“...150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. 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 innecesaria de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona...”.

“...En la pieza citada, la Corte Interamericana, tomó nota del concepto de infertilidad desarrollado por la OMS, según el cual se trata de “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”...”

“...Además, tuvo en cuenta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”...”

“...Y agregó, que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades...”.

“...Por tanto, a partir de los criterios vertidos, el Tribunal interpretó que la infertilidad es una enfermedad



que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesaria de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas. En el mismo orden de ideas, la Corte recordó 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; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva...”.

“...Para concluir, una última consideración conviene formular en cuanto aquí interesa acerca de la sentencia del Tribunal Interamericano, y es aquella que empalma con el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, el cual 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 concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quién haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de las consecuencias y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede la inversión de la carga de la prueba. Además, considero que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, la cual debe ser analizada respecto a la discapacidad, al género y a la situación económica, y desde ese triple punto de vista adujo que la “discriminación indirecta en relación con la discapacidad”, presupone a la infertilidad como una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, para evitar el impacto desproporcionado...”.

“...Con respecto a “la discriminación indirecta con relación al género”, que si bien la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres, produciendo impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad; dado que el empleo de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. Y por último, “la discriminación indirecta con relación a la situación económica”, que atiende a que la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV...”.

“...El Tribunal interamericano consideró que la severidad de la interferencia en los derechos de integridad y libertad personales, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia significaba su vulneración al cancelar la FIV como tratamiento posible de la infertilidad (conf. Medina, Graciela González Magaña, Ignacio “La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en: LA LEY 17/06/2013, 1 LA LEY 2013-C, 1192 DFyP 2013 (julio), 139). ...”

“...6.V. De lo hasta aquí expuesto puedo concluir: que el derecho a la salud -como derecho individual reclamable- es de data reciente, teniendo en nuestro país expresión constitucional a partir de la reforma de 1.994, en los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inciso 22: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1; Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. XI; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 24 y 25, entre otros, por los que se reconoce un derecho “al más alto nivel posible de salud física y mental” (conf. Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, 2010, Tomo I, pág. 256 y sigs y, la salud reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho y a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones...”.

Sobre la base de tal hermenéutica es dable concluir que en el sub lite se configuran los presupuestos de admisibilidad referidos dado que la actora ha cumplido con la carga de poner en evidencia, de manera circunstanciada, la “ilegalidad y arbitrariedad” que invoca como fundamento de su pretensión, como lo desarrollaré infra por lo que el agravio debe desestimarse.

B) La demandada insiste en esta instancia -sin refutar el fundamento de la magistrada que me precedió en el juzgamiento- que la vía del amparo es extemporánea ya que debió incoarse dentro de los diez días hábiles de la recepción de la CD enviada por OSDE el 14/01/2014.

Soy del criterio de la Cámara Tercera de Apelaciones de esta circunscripción judicial en la causa N°

250.032/50.371 caratulados “Mayorga Victor Leonardo c. OSEP por acción de amparo” -la obra social también argumenta que el plazo debió computarse desde que se comunico por CD que no le otorgaría cobertura alguna para tratamientos de fertilización- allí la Sra. Ministro preopinante dijo: “...debo recordar que el art. 13 de la ley de amparo (dec. Ley 2589/75, modif. Ley 6504/97), establece que: “La acción de amparo, en los casos del art. 1º, deberá articularse dentro de los diez (10) días a partir de la fecha en que el afectado tomó conocimiento del hecho, acto u omisión que repute violatorio de sus derechos constitucionales...”.

“...La jurisprudencia es conteste cuando tratándose de una institución reglada (decreto-ley 2589/75, modificado por ley 6504) el Juez no tiene otro camino que rechazar la articulación extemporánea, cuando la ley, sustituyéndose al criterio del órgano jurisdiccional predetermina que es conveniente al interés público un plazo de caducidad para interponer la acción (4º C.C. expte. 19.362, L.A. 120:447)...”.

“...Por consiguiente, siendo el plazo para intentar la acción de amparo de caducidad, lo que se compadece con su carácter excepcional, es inviable la referida acción, cuando el afectado ha sido negligente no interponiéndola en término, no siendo incluso posible la dispensa aún de la demandada atento a tratarse de una disposición de orden público. No podrá alegar daño grave e irreparable por la remisión del examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios previsto para la sustanciación de la misma, cuando ha sido remiso en intentar la vía sumarísima y excepcional (confr. Rivas, ob. cit., págs. 202/203, Palacio, ob. cit, pág. 156/157; Sagués, Néstor, “Ley de Amparo”, Bs. As., 1979, pág. 217)...”

“...Todo el tema referido al plazo de caducidad de la acción de amparo, ha sido zanjado por numerosos precedentes dictados por nuestra Suprema Corte de Justicia...”.

“...Así en sentencia de nuestro Superior Tribunal - Sala 1. expte. N° 69709 - 11/04/2001 - LS300-403 (publicado en La Ley Gran Cuyo 2001-615 y Foro de Cuyo 2001-244), y reafirmando lo referido a la subsistencia del plazo de caducidad de la acción de amparo (expte. 69643, 11/11/2000, L.S. 298-353), entendió respecto de la aplicación del mentado plazo de caducidad, afirmando que a) Afirmar la operatividad del art. 43 de la C.N. no implica sostener que la norma sea “hermética”, autosuficiente, “alérgica a reglamentaciones razonables”, sino que deben acreditarse los presupuestos de admisibilidad reglados expresamente, por lo que el art. 13 mantiene su vigencia al no violentar el texto constitucional y b) que la determinación de un plazo de caducidad no es contradictorio con la vía constitucionalmente establecida; por el contrario, si existe urgencia (razón que justifica el amparo) no es incongruente establecer un término para que el remedio se ejerza. Si el afectado dilata la articulación, ello quiere decir a todas luces que no estaba apurado para plantearlo. El legislador no está obligado a fijar un plazo, pero si lo prevé, la norma es constitucional en tanto el plazo sea razonable...”.

“...El 02/06/2005 (LS 351-232, publicada en La Ley Gran Cuyo Voces Jurídicas 2006-806), reafirma lo resuelto en el caso precedente, recordando la jurisprudencia de la Corte Federal que acepta la regla de la subsistencia de los plazos, manteniéndose dicha postura en fallos recientes como in re 89015, 06/06/2007 - LS378-017 y n° 89115 06/02/2008 - LS385 -163...”.

“...A los fines de la aplicación del referido plazo de caducidad, debe previamente determinarse el momento a partir del cual comienza a regir el plazo de diez días para interponer el amparo, debiendo recordarse que la norma establece que debe contarse desde “..la fecha en que el afectado tomó conocimiento del hecho, acto u omisión...”, según el cual para el sentenciante el dies a quo sería la fecha en la que los amparistas tomaron conocimiento de la negativa por parte de la Obra Social de hacerse cargo del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad requerido...”.

“...5º) Sin embargo esta regla -como la jurisprudencia que la informa- respecto de la aplicación irrestricta del plazo de caducidad a la interposición de la acción de amparo, a mi entender debe quedar salvada cuando existen intereses de trascendencia o incidencia colectiva del cual resultaría imposible determinar con precisión el dies a quo del referido plazo, al existir un universo de personas que se encuentran afectados, so pena de arbitrariedad si se pretende contar el plazo en forma diferenciada, como también en ciertos supuestos en los cuales se encuentran en juego el derecho a la salud, del cual no puede subordinarse dicho valor tan preciado al acaecimiento de un plazo de caducidad...”.

“...En efecto ha sido la misma Corte Nacional en el precedente “Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Pami)” (7/11/2006, LA LEY 18/12/2006 , 7 LA LEY 2007-A , 62 - DJ 2006-3 , 1239 - IMP 2007-A , 87 - LA LEY 05/03/2007 , 5 con nota de Néstor P. Sagués - LA LEY 2007-B , 128 con nota de Néstor P. Sagués, Fallos: Corte: 329:4918), la que ha resuelto respecto de la subsistencia actual del plazo para interponer la acción de amparo aún frente al plazo de caducidad fenecido...”.

“...Así en dicho precedente (reclamo de un jubilado por la prestación de prácticas kinesiológicas por vía del amparo), nuestro Máximo Tribunal admitió la acción intentada al considerar la edad del amparista (74 años), la frustración de derechos que ocurriría si tuviese que aguardar el inicio de un nuevo proceso y por tratarse de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de tipo continuado...”.

“...También es de resaltar el precedente de la misma Corte Nacional in re “Asociación Benghalensis” (Fallos, 323:1339.LA LEY 2001-B, 126), en el que destacó que el derecho a la salud se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida, garantizado por la Constitución Nacional, el que se encuentra reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22) en el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1°, arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que tanto el derecho a la vida como el derecho a la salud merecen protección...”.

“...En base a dichos postulados y en especial en el fallo “Mosqueda”, la Corte Suprema de Justicia entiende que cuando de acto lesivo se trata y este se mantiene en el tiempo, puede hablarse de lo que la doctrina denominada de “ilegalidad continuada” en cuyo caso puede admitir salta el valladar impuesto por el plazo de caducidad previsto en el proceso de amparo...”.

“...Así esta resuelve que: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó por extemporánea la acción de amparo interpuesta contra una obra social a efectos de que restablezca al actor la cobertura de las prestaciones interrumpidas -en el caso, rehabilitación kinesiológica por discapacidad motora-, ya que, el art. 2 inc. e) de la ley 16.986, en cuanto impone la necesidad de presentar la demanda de amparo dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse, no es un escollo insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente.”

(Del dictamen de la Procurador Fiscal subrogante al que la Corte adhiere expresamente) (C.S.J.N., Fallos: 329:4918)...”.

“...Vale decir que el Tribunal Supremo entiende que si el acto lesivo configurativo del amparo resultado mantenido en el tiempo sin solución de continuidad, aún vencido el plazo desde que se tomó conocimiento de la denegatoria de la prestación médica, no podría declararse la caducidad de la acción de amparo, pudiendo ser promovida dicha acción válidamente...”.

“...La mencionada doctrina de la ilegalidad continuada, debe entonces considerarse a todo acto lesivo que si bien se configura en un determinado tiempo y espacio, proyecta sus efectos continuamente hacia el futuro, haciendo perdurar la arbitrariedad del referido acto lesivo hasta la actualidad, lo que permitiría la interposición del amparo, resultando por ende exentos del tope cronológico contemplado por la ley, quedando reservado la mentada cláusula de caducidad a los supuestos en los que el actos lesivos no presente este carácter continuo de ilegalidad...”.

“...Como la condición para aplicar excepcionalmente dicho instituto (ya me he referido en anteriores apartados en los que la regla en materia de amparos es la exigencia de un plazo de caducidad), supone que la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta sea mantenida en el tiempo, requiere como única condición que estos se prolonguen al menos hasta el momento de la interposición de la acción de amparo...”.

“...Por último si bien la doctrina autoral (Sagües) entiende que la referida teoría de la ilegalidad continuada, que supone la excepción al régimen de caducidad de la acción en materia de amparo, se proyecta a cualquier situación jurídica lesiva, a mi entender la misma solo puede ser aplicada frente a supuestos de excepción en los cuales entra en juego la salud o la vida de la persona y el acto lesivo atentó contra ambos valores, que como se dijo, cuentan con soporte y proyección constitucional...”.

“...Por lo menos hasta ahora ha sido el sustrato material al que la Corte Nacional lo ha aplicado, cuando afirma que: “A los fines de la procedencia de la acción de amparo -en el caso, tendiente a impugnar la normativa de emergencia que dispuso la pesificación de los depósitos bancarios, propiedad de una persona de más de 90 años- el plazo establecido por el art. 2, inc. e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional -art. 43-, cuando se ha invocado y prima facie acreditado, que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Koch, Lilian Mercedes c. PEN - ley 25.561 -dtos. 1570/01 214/02 (Boston - Citi) s/amparo sobre ley 25.561”, 14/02/2012, DJ 04/04/2012, 23; RCyS 2012-VI, 199 con nota de Celia Weingarten)...”.

“...Es decir la medida por el cual la Corte Nacional “no aplicó” el plazo de caducidad, no obstante un reclamo evidentemente patrimonial como suponía la liberación de los fondos atrapados por el “corralito financiero”, era la salud y la vida de quienes reclamaban, derechos a los que se encuentra llamado a proteger los Tribunales mediante una tutela preventiva de custodia y preservación de la integridad física y moral (en especial frente a supuestos de personas vulnerables), que involucre la calidad de vida del afectado, el inicio o la continuidad de un tratamiento razonable y la adecuada prestación del servicio por parte de los efectores que mediando una relación contractual (sea obra social o prepaga) o el mismo Estado se encuentran obligados a prestar (cf. Morello Augusto M., El Amparo, escudero del Derecho a la Salud, en El Derecho a la Salud, XVI Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires,

Serie II - Obras - Número 31, pg. 24 y sig. - ed. La Ley año 2007)...”.

“...Se había mencionado en apartados precedentes que la Suprema Corte Provincial abogaba la validez del plazo de caducidad previsto por la ley de amparo, mencionándose también que este no resultaba una afectación al orden constitucional en la medida en que fuese razonable, admitiendo al igual que la Corte Nacional dos supuestos de excepción tal como el que afecta un derecho de incidencia colectiva o un derecho que impone tratamiento urgentísimo, como es el derecho a la salud (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 82.225, “Sánchez, Daniel Gabino c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza s/ Inc. Cas.”, 02/06/2005, LS 351 - 232)...”.

“...Como se observa los Superiores Tribunales tanto Nacional como Provincial buscan la protección actual por la vía del amparo de supuestos de afectación de derechos subjetivos constitucionales como el derecho a la salud y la vida, llamando a su permanente preservación por la justicia. No puede entonces pretenderse que por vía de la cláusula legal de caducidad en el caso de autos, pueda considerarse que los amparistas, tengan definitivamente cerrada las puertas a posibilitarles, mediante la técnica adecuada, a someterse a un tratamiento de fertilización asistida, cuando no obstante tomar conocimiento por la negativa infundada por cierto de la Obra Social se hayan demorado en la interposición de la acción de amparo, cuando dicha negativa a asumir tal tratamiento por la demandada se mantiene en el tiempo y por ende resulta de efectos permanentes y perdurables y supone una directa afectación al derecho a la salud de los amparistas, el de la posibilidad de procrear...”.

“...Es por ello que el juez no puede, bajo el ropaje del cumplimiento formal de la norma, tornar ilusorios los derechos invocados por los amparistas y merecedores de protección jurisdiccional, todo por cuanto al interponer la acción se había vencido el plazo de validez establecido por dicha ley, cuando los intereses en juego son tan caros y su afectación resulta persistente aún después de interpuesta la acción...”.

En el sub lite la amparista recibió la CD de OSDE 14/01/2014, pero surge que se hizo cargo de los tratamientos de fecha 17/02 -fs. 23- y 29/05 -ver fs. 24-, y siguió prestando cobertura parcial, por lo que mal puede esgrimir que el plazo se debe computar desde enero.

En efecto, con el voto preopinante del extinto Dr. Marzari Céspedes, en autos Nro. 26.813 caratulados “Kobilansky Mercedes Noemí c. Dalvian S.A. p/ Acción de Amparo” (LS 96-89), el Cuerpo que integro entendió “cuando el efecto de la conducta lesiva tiene la aptitud de renovarse periódicamente, verificándose tanto por acción como por omisión”.- En este caso se constatan situaciones análogas a las que se presenta en los llamados “delitos permanentes”, es decir aquéllos en los cuales “lo que permanece en el tiempo, no es un mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación (Sebastián Soler, loc. cit.) pudiendo también accederse por analogía a la teoría del “delito continuado”, en lo que media una pluralidad de acciones realizadas

con unidad de resolución y de lesión jurídica (Sebastián Soler, loc. cit. pág. 304 y ss.).- En todas estos casos media “una” consumación del delito (Zaffaroni, loc. cit.) aunque tal consumación no sea instantánea, durable en el tiempo y pueda existir no una, sino una serie de conductas...”.

“...En este supuesto las aguas se dividen. Hay quienes sostienen que en aquéllos casos en que la propia “conducta lesiva” -y no sólo sus efectos- dura en el tiempo, el plazo de caducidad estatuido por la ley, no obsta el amparo, “en la medida en que con la acción incoada, se enjuicia una ilegalidad o arbitrariedad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. Ello supone que la situación continuada de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, se mantenga al momento de accionar, debiendo distinguirse también de los casos en que no se da una única, sola y continuada situación lesiva, sino una serie de acciones u omisiones diferenciadas...”.

C) Con respecto a la falta de conclusión de la vía administrativa, la obra social sigue abroquelada en franca contradicción con las probanzas de autos.

Del expediente administrativo 17.684/14 que correa agregado a fs. 191/235 y 412/460 se lee el dictamen de Asesoría Médica de fecha 26 de febrero de 2014 que “...Visto el reclamo presentado por V. V.A. solicitando la cobertura total para el tratamiento de reproducción médicamente asistida ante la respuesta de OSDE que manifiesta la cobertura del 40% sobre los medicamentos para dicho tratamiento. Esta Asesoría Médica indica que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 establece la cobertura integran desde el abordaje, diagnóstico, técnicas de reproducción, terapias de apoyo y medicación, por lo que OSDE deberá cumplimentar con dicha ley otorgando la cobertura total de los medicamentos...”.

Destaco que este dictamen obra en autos desde el 27/10/2014.

Siendo una obra social es inaudito que se apoye en cuestiones formales para desatender las necesidades de sus afiliados que padecen enfermedades que causan gravísimos padecimientos, como en el caso que estoy juzgando.

8.1.b. El agravio referido al otorgamiento de la cobertura del cien por ciento de los medicamentos, también

será desestimado.

He resuelto antes de ahora en la causa N° 251.213/51.028 caratulada: “Cimadevilla Marcela Alejandra c. Swiss Medical S.A. p/ acc. amparo” “...la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, en Galán, Gladys Paula y otros c. Staff Médico S.A. s/daños y perjuicios - 06/12/2011 Publicado en: LA LEY 30/03/2012, 4 - LA LEY 2012-B, 444 Cita online: AR/JUR/90810/2011, ha resuelto con fundamentos que me permito hacer mío que “...La reforma constitucional de año 1994 plasmó en su normativa un conjunto de principios vinculados con el derecho a la salud que sólo estaba considerado como derecho implícito en el art. 31 de la CN. Tal normativa se complementa con el bloque constitucional contenido en los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los cuales en mayor o menor medida reconocen el derecho a la salud (conf. esta Sala, “Tolosa Nora c. Swiss Medical S.A.”, R. N° 513.779, de junio de 2010)...”.

“...Es así que la ley 24.754 establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, de conformidad con lo normado a su vez por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones. Es decir que las empresas de medicina prepaga, como es la demandada en autos, tiene la obligación de otorgar las prestaciones incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), programa que es actualizado periódicamente por el Ministerio de Salud de la Nación. Así se ha resuelto que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, mas no necesariamente conforma su tope máximo (conf. CNApel en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 14/06 del 27/04/2006; Sala II, causas 11.708/06 del 23/02/2007; 10.105/07 del 04/12/2007, Sala III, causa 5411/07 del 09/10/2008 y B. L. G. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/sumarísimo del 19/04/2011)...”.

“...Se ha dicho que cuando se descubre una medicación o droga nueva o eficaz para calmar los dolores más crueles de una enfermedad terminal, resulta manifiestamente inaceptable que los prestadores de salud se nieguen a proporcionarlas a sus afiliados invocando como pretexto, que todavía no las han incorporado a sus vademécum o no han sido incluidas en el PMO. La inamovilidad relativa de estas disposiciones reglamentaria, no puede ser elevada al rango de un impedimento para negarle al “homo patiens” el medicamento o la técnica capaz de aminorar su sufrimiento, porque de ser ello así tal inamovilidad reglamentaria y tales vademécum -en vez de obrar en beneficio de los afiliados, que no otra puede ser su razón de ser y su causa de legitimidad- se transformarían en los vehículos de la iniquidad y del alzamiento inadmisibles contra las normas de mayor jerarquía de la Nación, como son las que conforman la constitución Nacional y los tratados incorporados por la vía del art. 75, inc. 22 de ella (fallo citado)...”.

“...En relación con la alegación formulada por la demandada -en cuanto a que el P.M.O. abarca los medicamentos para uso oncológico según protocolos oncológicos aprobados por la autoridad de aplicación cuando no ha autorizado la utilización del medicamento solicitado para el tratamiento de la patología que el actor informa padecer, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a dicha normativa. En el caso “Reynoso, Nilda Noemí c. I.N.S.S.J.P. s/ amparo” (R.638.XL, fallo del 16/05/2006) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud...”.

“...En ese sentido, debe atenderse a las particularidades de cada caso para determinar si dicho programa otorga una efectiva protección del derecho a la salud, porque aun cuando la empresa demandada persiga un legítimo lucro, eligió hacerlo por medio del otorgamiento de prestaciones de salud. De ahí que en los contratos que celebra con los adherentes al sistema por ella organizado, la finalidad asistencial es medular y juega un rol preponderante al tiempo de interpretar las obligaciones a cargo de cada una de las partes...”.

“...Recuérdese que por resolución 939/2000 del Ministerio de Salud se aprobó un nuevo catálogo de prestaciones del PMO, cuyos considerandos aluden a que independientemente de la extensión de la cobertura planteada en el PMO, no existen patologías excluidas del mismo y se señaló que los agentes del seguro de salud son “responsables de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de sus beneficiarios y no meros financiadores de las prestaciones”. Finalmente el concepto de medicamentos, establecido por la ley 16.463, comprende naturalmente todo producto de uso y aplicación en la medicina humana (art. 1°)...”.

“...De conformidad con las premisas señaladas, cabe concluir que, a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales con rango constitucional, era obligación de la demandada cubrir las prestaciones sin perjudicar al enfermo terminal, repitiendo luego lo abonado contra el Estado si entendía que no se encontraba obligada por las leyes entonces vigentes...”.

“...En el mismo sentido la CNC y Federal en M. R. V. c. Galeno Argentina S.A. s/ amparo - 24/09/2013,

publicado en: DJ 12/03/2014, 68, Cita online: AR/JUR/71629/2013 resolvió: ... el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud)...”

“...Es que, como sostuvo este Tribunal en casos que guardan cierta similitud con el presente, el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doctor, causas 630/03 del 15/04/2003 y 14/2006 del 27/04/2006, entre otras), y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (cfr. esta Sala, causas 8545 del 06/11/2001, 630/03 del 15/04/2003 y 14/2006 del 27/04/2006)...”.

“...Como lo ha dicho la CSJN “...el tema de la salud escapa del ámbito de lo propiamente contractual, para adentrarse en el campo de los derechos humanos. Un corolario inmediato de esta observación, es que la labor de los jueces debe asirse a la directiva axiológica y hermenéutica pro homine, norte que informa en toda su extensión al campo de los derechos humanos. Así lo tiene decidido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia representa una guía particularmente idónea en la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, operativo en la República Argentina, con rango supralegal...”

Más adelante agrega: “...el hombre es la razón de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y construye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre un carácter instrumental...”

Añade “...La inviolabilidad de la vida del ser humano -incorporada expresamente al bloque constitucional a partir de 1994- más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de nuestra Carta Magna, fue siempre una prerrogativa implícita ya que el ejercicio de los derechos reconocidos explícitamente, requiere necesariamente de él. Al propio tiempo advierte que el derecho a la salud -particularmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con aquel otro que lo sustenta, así como al principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.

Enfatiza que “...conspicuos autores nos ilustran acerca de que la justificación objetiva de aquel derecho, es la dignidad ontológica de todo ser humano, valor al que califican como privilegiado enlace cualitativo y médula de los derechos humanos. Añaden que el contenido material del llamado derecho a la vida o derecho a la intangibilidad de la vida o derecho a vivir es el bien humano básico de la vida, que reclama ser respetado y, en principio, protegido...”.

Respecto de la actividad de las empresas de medicina prepaga entiende que “...si bien presenta ciertos rasgos mercantiles, dichas entidades adquieren paralelamente, un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el mero plano negocial ... “ y que “...la responsabilidad social de la empresa médica, entraña que se deba asegurar a los beneficiarios, más allá de las coberturas pactadas, aquellas legalmente establecidas, en tanto tiendan a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas...” (in re N. de Z.. M. V. c. Famy SA, publicado en Actualidad Jurídica Nro. 34)

## 8.2. Recurso de la Sra. V. L. V. A.

Se alza la recurrente contra el diferimiento que hace la Sra. Juez de la instancia anterior sobre la cobertura integral del procedimiento de fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI son ovodonación hasta tanto exista en autos prescripción médica determinante para la actora.

Esto también ha sido motivo de agravio por OSDE por lo que los abordaré en forma conjunta.

Anticipo que admitiré el agravio de la actora y desestimaré el de OSDE.

En efecto, a fs. 28 obra el certificado del Dr. S., que dice: “Paciente de 35 años de edad con infertilidad primaria y el diagnóstico de endometriosis severa. Se han realizado dos ciclos de tratamiento de fertilización in vitro, obteniéndose en el primer intento resultado un aborto bioquímico. En ambos tratamientos se observan alteraciones en la calidad ovocitaria. Se plantea un nuevo intento de fertilización in vitro sin descartar en caso de ser negativo la opción de pasar a tratamiento de ovodonación. Todo ello con grandes posibilidades de resultado positivo”.

Ello se encuentra respaldado por los análisis que lucen a fs. 21/ 22 y los informes de fs. 23, 24, 25, 26 y 27.

Por otro lado advierto que la obra social desiste de la prueba fundamental para su agravio que es la testimonial de Dr. S. a fs. 167.

No me caben dudas de que la actora debido a la alteración de su calidad ovocitaria y, habiéndosele realizada ya dos ciclos de tratamiento, necesitará recurrir a la ovodonación.

Me he expedido sobre el tema en la causa N° 250.779/50.406 caratulada: “Barlek Vladimir Michael y Otros c. Swiss Medical S.A. p/ acc. amparo”, donde el Cuerpo que integro ordenó se “...cubra íntegramente a los actores la prestación de fertilización asistida según prescripción del médico tratante (Técnica ICSI con ovodonación, con inclusión de gastos y medicación necesaria) en cantidad de tres tratamientos o intentos anuales, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos, todo de acuerdo con el sistema implementado por la ley 26.862 y sus disposiciones reglamentarias. Con esta línea de pensamiento se ha resuelto:

“una empresa de medicina prepaga debe cubrir tres tratamientos de fertilización requeridos por una afiliada que padece dificultades orgánicas para concebir, pues denegar dicha cobertura resultaría un acto teñido de arbitrariedad e ilegalidad, al vedar sus chances de ser madre y cercenar su derecho a la salud reproductiva” (Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba - 29/08/2012 - B., I. c. Galeno o Galeno Argentina S.A. s/ amparo - DFyP 2012 (noviembre) , 298 con nota de Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso - DFyP 2012 (diciembre) , 214 con nota de Aldo M. Di Vito - DFyP 2013 (enero-febrero) , 178 con nota de María Soledad Webb - DJ 21/02/2013 , 89 - AR/JUR/44350/2012) 9...”.

“...La acción de amparo deducida por un afiliado contra su prepaga persiguiendo la cobertura total de un tratamiento de fertilización asistida resulta procedente, pues si bien aquel no se encuentra entre las prestaciones previstas en el Plan Médico Obligatorio ni en el contrato de medicina prepaga, no puede soslayarse la naturaleza del servicio que presta la prepaga estrictamente relacionada con la atención de la salud, la relevancia y protección constitucional y supra nacional de los derechos a la vida y a la salud y la reciente recepción legislativa de la problemática de la infertilidad a nivel provincial y nacional (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral - 16/08/2012); “... resulta procedente la medida cautelar innovativa solicitada por una pareja a fin que la empresa de medicina prepaga a la que están afiliados costee en su totalidad un tratamiento de fertilización asistida -en el caso, técnica ICSI-, en tanto la solución en contrario importaría priorizar un mero interés comercial por sobre los derechos humanos a la vida, a la salud -reproductiva y el derecho a procrear- derecho adquirido a una mejor calidad de vida, derecho a la integridad física, a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, protegidos constitucionalmente y por instrumentos internacionales, importando también el desmedro de los arts. 14 bis y 41 de la Constitución y la ley 25.673 por medio de la cual se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable...” (Arano, María Laura y Guerra, Rubén Alberto c. Swiss Medical S.A. s/ acción de amparo - LLLitoral 2012 (diciembre), 1193 - AR/JUR/41146/2012); 35 - Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia - 07/10/2010 - Zaracho, Silvia y otros c. OSDE S.A. - LLLitoral 2011(febrero), 72 - AR/JUR/65299/2010)

A mayor abundamiento, recuerdo que el 5 de junio de 2013 se sancionó la ley 26.862 “Reproducción Médicamente Asistida” promulgada el 25 de junio de 2013, reglamentada por el Decreto 956/2013, en cuyo art. 8 se lee que: “las entidades de medicina prepaga incorporarán como prestación obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la OMS define como reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA) y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el PMO estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios” y, el art. 10 declara que: “las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a

la provincias... a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes”

El decreto dice en su art. 10: “Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales... deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias...”.

En el sub examine consta que Salud informa que el Centro de Reproducción del Oeste (C.R.E.O.) -que es prestador de OSDE y donde se atiende la actora- ha sido registrado y se le ha otorgado autorización y habilitación permanente para que opere como Banco De Gametos y/o Embriones -ver fs. 242/243-.

Comparten el criterio expuesto el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, D., G. A. c. Medicus S.A. s/ incidente ppal. 25031 13 Dr. Giraudy s/ apelación - 30/05/2014 publicado en: LA LEY 30/09/2014, 7 - LLPatagonia 2014 (octubre), 548 - DJ 29/10/2014 , 47 - DJ 19/11/2014, 53 Cita online: AR/JUR/42271/2014 CNFedCivCom., sala II, D. B., V. I. y otro c. OSSEG s/ amparo, 2013/09/05, D F y P 2014 (enero), 216 con nota de Pablo O. Rosales, D F y P 2014 (abril), 235 “...La donación de ovocitos ovodonación, como técnica de reproducción asistida que permite que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que ésta última pueda conseguir un embarazo, no debe ser negada, aun cuando carezca de previsión legal, pues tal extremo no

constituye un obstáculo, en la medida en que la práctica no está prohibida por ley y que existe una prescripción médica que la recomienda (Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, L., M. L. y otro c. OSDE 14/05/2013, Publicado en: D F y P 2013 (octubre) , 300 Cita online: AR/JUR/26087/2013).

Y también la Cámara de Apelaciones Civil y comercial de Salta, sala III, M., B. A. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ amparo - 06/10/2014, publicado en: LLNOA 2014 (diciembre), 1220 - LLNOA 2015 (febrero), 30 con nota de Elvio Galati Cita online: AR/JUR/49952/2014 A., Alberto J., “Corte Interamericana de Derechos Humana

8.3. Considero, por último, que el agravio de OSDE referido a la imposición de costas debe desestimarse atento a la conducta asumida por las demandada que, no obstante la jurisprudencia imperante con anterioridad al dictado de la ley se resistieron a la prestación del servicio y, ante la existencia de la normativa y las constancias de autos, persistió en su actitud de no cumplir.

Por lo expuesto propongo a mis distinguidas colegas rechazar el recurso incoado por OSDE y admitir el recurso de intentado por V. Vicario.

Sobre la misma cuestión las doctoras Furlotti y Carabajal Molina dicen que adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora Marsala dijo:

Atento al modo como se han resuelto los recursos las costas se imponen a la vencida -arts. 35 y 36 ap. I CPC-.

Sobre la misma cuestión las doctoras Furlotti y Carabajal Molina dicen que adhieren al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo, precedente el Tribunal resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por OSDE a fs. 469/475. 2. Imponer las costas a la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC). 3. Regular los honorarios profesionales de la siguiente forma: Dra. A. F. en la suma de pesos ... (\$ ...); Dra. C. G. en la suma de pesos ... (\$ ...); Dras. L. M. C. y R. A. en conjunto y por partes iguales en la suma de pesos ... (\$ ...) y Dr. O. T. en la suma de pesos ... (\$ ...) (arts. 10, 15 y 31 Ley 3641). 4. Acoger el recurso de apelación interpuesto a fs. 478/482 por V. L. V.A. contra el Resolutivo 2) de la sentencia la dictada por el Primer Juzgado de Gestión Asociada, de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 17 de noviembre de 2014, obrante a fs. 406/411, el que, quedará redactado del siguiente modo: “...1) Hacer lugar a la acción de amparo impetrada por la Sra. V. L. V. A. contra OSDE y, en consecuencia, ordenar a la demandada provea a la actora cobertura integral (100%) de la prestación fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con óvulos propios y del procedimiento de fertilización asistida (FIV) por técnica ICSI con ovodonación mientras su estado físico lo permita y mientras exista viabilidad de embarazo, incluyendo la medicación al 100% y los gastos que ello demande, hasta un máximo de TRES tratamientos anuales...”. 5. Imponer las costas a la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC). 6. Regular los honorarios profesionales de la siguiente forma: Dra. A. F. en la suma de pesos ... (\$ ...); Dra. C. G. en la suma de pesos ... (\$ ...); Dras. L. M. C. y R. A. en conjunto y por partes iguales en la suma de pesos ... (\$ ...) y Dr. O. T. en la suma de pesos ... (\$ ...) (arts. 10, 15 y 31 Ley 3641). — Gladys D. Marsala. — Silvina d. C. Furlotti. — María T. Carabajal Molina.