

**Voces:** ACCION DE AMPARO ~ BIOETICA ~ COBERTURA MEDICA ~ DERECHO A LA SALUD ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ OBLIGACIONES DE LAS OBRAS SOCIALES ~ OBRAS SOCIALES ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ TRATAMIENTO MEDICO

**Tribunal:** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes(STCorrientes)

**Fecha:** 16/03/2011

**Partes:** B., N. L. y L., F. A. c. Obra Social de la Provincia de Ctes. (IOSCOR) s/ amparo

**Cita Online:** AR/JUR/2549/2011

#### **Hechos:**

Un matrimonio promovió acción de amparo persiguiendo que se ordene judicialmente al Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes —I.O.S.COR.— la cobertura íntegra de los gastos que insuma el tratamiento de fertilización asistida por técnica ISCI, hasta que se produzca el embarazo de la esposa. La Cámara en lo Laboral desestimó la acción deducida, ante lo cual, los amparistas interpusieron recurso de apelación. El Superior Tribunal de Justicia provincial revoca el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda.

#### **Sumarios:**

1. Corresponde condenar al Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes —I.O.S.COR.— a cubrir íntegramente los gastos que insuma el tratamiento de fertilización asistida por técnica ISCI, prescripto al matrimonio actor, hasta que se produzca el embarazo, pues es deber del Estado local facilitar la constitución y fortalecimiento de la familia, en cumplimiento de la protección integral que le garantiza el art. 39 de la Constitución Provincial.

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

##### **Ver Tambien**

[Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, "A. JA y otra", 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/86344/2010;](#)  
[Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 08/09/2010, "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra", LLC 2010 \(noviembre\), 1157 - LLC 2011 \(febrero\) , 26. Con nota de María Soledad Webb, AR/JUR/47321/2010 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/04/2010, "L. P., M. C. y otro c. O.S.D.E.", IMP 2010-10, 290, AR/JUR/28217/2010.](#)

(\*) Información a la época del fallo

2. Los derechos a procrear y a formar una familia hacen a la esencia de la condición humana, integran el derecho a la salud y merecen primacía sobre todo otro interés.

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

##### **Ver Tambien**

[Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, "A. JA y otra", 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/86344/2010;](#)  
[Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 08/09/2010, "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra", LLC 2010 \(noviembre\), 1157 - LLC 2011 \(febrero\) , 26. Con nota de María Soledad Webb, AR/JUR/47321/2010 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/04/2010, "L. P., M. C. y otro c. O.S.D.E.", IMP 2010-10, 290, AR/JUR/28217/2010.](#)

(\*) Información a la época del fallo

3. La acción de amparo es la vía idónea a fin que un matrimonio reclame que se ordene judicialmente al Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes —I.O.S.COR.— la cobertura íntegra de los gastos que insuma el tratamiento de fertilización asistida al que deben someterse, en tanto dicho proceso de tutela urgente tiene como objeto la efectiva protección de derechos fundamentales, tal como el de la salud, dentro del que se encuentra la salud reproductiva.

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

##### **Ver Tambien**

[Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "R., M. V. y otro c. OSPE y OMINT", 29/12/2009, LLBA 2010 \(junio\), 570, AR/JUR/59272/2009.](#)

(\*) Información a la época del fallo

#### **Texto Completo:**

Corrientes, marzo 16 de 2011.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el señor presidente doctor Carlos Rubin, dice:

I.- Contra la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de esta ciudad de Corrientes, que desestima la acción de amparo deducida en causa, con costas en el orden causado, los amparistas interponen el recurso de apelación en tratamiento (fs.61/68).

II.- La demanda promovida tiene por objeto la cobertura integral y total de los gastos que insuma el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI (Inyección espermática intracitoplasmática), hasta producirse el embarazo de la Sra. N. L. B. a realizarse en el Centro de Estudio de Ginecología y Reproducción (CEGYR), con domicilio en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Todo ello - según denuncian- frente a la ostensible arbitrariedad e ilegalidad del I.O.S.COR. de haber denegado tácitamente su cobertura, silencio de la Administración que importa a criterio de los demandantes una ablación de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la Provincia de Corrientes, Leyes nacionales y locales.

III.- Para decidir como lo hace, la Excma. Cámara interviniente entiende que el tema en controversia aparece opinable o discutible y, por ende, requiere de una amplitud de debate y prueba que escape al acotado marco cognoscitivo que posibilita la vía impetrada, fundamentando que según informe del Especialista del I.O.S.COR. obrante a fs. 66 del Expte N° 880-1787-10, se deberían llevar adelante un sinnúmero de estudios, exámenes, entrevistas, pericias, informes etc., para obtener un diagnóstico y poder corroborar la conducta lesiva denunciada por los accionantes, sin advertir - concluye - la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Por ello, rechaza la demanda.

IV.- Critican los recurrentes que se haya tenido como verdad revelada al informe de fs. 66 del expediente administrativo antes referido emanado del Auditor del I.O.S.COR., prefiriéndolo a toda otra constancia del propio expediente administrativo.

Llama la atención, expresan, que ese dictamen médico aparezca luego de haberse requerido el informe del art. 8 de la ley 2903 - el día 8 de septiembre de 2010 luego del diligenciamiento del oficio de fecha 1° de septiembre de 2010-, ni siquiera notificado.

Argumentan que la Cámara soslaya la historia clínica de la Dra. M. - Médica Especialista en Tocoginecología, Endocrinóloga y Medicina Reproductiva-, quien indicara que B. y L. presentan esterilidad de 2 años de evolución, transcribiendo a continuación el diagnóstico (fs.62); historia clínica reproducida en un formulario facilitado por el I.O.S.COR. (expte. 880-1787- fs 2), realizada por una Experta en Medicina Reproductiva que detalla los estudios previos a los cuales debieron someterse, para que finalmente se les indicara como tratamiento la hiperestimulación ovárica controlada (ICSI / TE) esto es, Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides, Transferencia embrionaria. Eso no es, finalizan diciendo, una cuestión opinable, discutible, que requiera mayor debate y prueba, estando todos los elementos de juicio incorporados a la causa.

Prueba irrefutable - agregan- constituye además el dictamen del jefe de División Alta Complejidad del I.O.S.COR., Dra. S. C. (fs. 24 del expte administrativo), y lo informado por la Dra. A. K., Gerente de Salud del I.O.S.COR., coincidiendo ambas con el tratamiento a seguir de conformidad a la documentación e informes complementarios realizados, como al diagnóstico sugerido, quedando librado a las Autoridades de la Obra Social la decisión final de saber si esa práctica se incorporará al menú prestacional o se proseguirá como vía de excepción. Y ante ello, reflexionan, ¿de qué mayor debate y prueba se necesita, si lo cuestionable solamente radica en la circunstancia que la práctica pretendida no se encuentra contemplada en el listado de las nomencladas? (Programa Médico Obligatorio). Citan jurisprudencia, normas legales y otras consideraciones que contribuyen a fundamentar su recurso.

V.- Frente a los hechos relatados, los motivos esgrimidos por el "a-quo" y los agravios que sustentan el memorial de apelación en análisis, no puedo más que concluir acerca de la procedencia del recurso tenido a consideración, por desconocer la sentencia prueba relevante producida en el proceso y vulnerar los derechos de raigambre constitucional y supra legal de quienes desean ser padres y formar su familia, perfectamente pasibles de ser reparados a través de la vía del amparo, no requiriendo este caso un mayor debate y prueba para dirimirlo, siendo suficiente lo actuado en el expediente.

VI.- La Sra. N. L. B. de 37 años de edad a la fecha (nacida el día 17/09/73) y el Sr. F. A. L. (nacido el 01-04-73), ambos afiliados al I.O.S.COR. (fs.3/6), haciendo uso de esta vía rápida y expedita presentada el día 24 de agosto de 2010 (fs.14), peticionan se ordene judicialmente al Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes la cobertura íntegra y total de los gastos que insuma el Tratamiento de Fertilización Asistida por Técnica ICSI hasta que se produzca el embarazo de Nazarena.

Tengo a la vista el recorrido previo al inicio de la demanda, los estudios realizados y los dictámenes de los expertos en la materia que aconsejan la realización del tratamiento, a su vez, el silencio de parte del Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes (I.O.S.COR.), frente al reclamo puntual que requería un pronunciamiento concreto, silencio que debe ser interpretado como negativa (art. 112, ley 3460).

En efecto, ambas partes aportaron al proceso los expedientes administrativos que contienen toda la información identificados con los Nros: 880-1633-10 (iniciado el día 19 de marzo de 2010) y Nro. 880-1787- 10 (de fecha 26 de marzo de aquél año), finalmente acumulados. El primero evidencia la realización a la Sra. B. de una Ecografía Transvaginal (fecha 15/09/2008) -fs.12/14-, estudios espermáticos al Sr. L. -fs.16/20-,

principalmente un estudio de Histerosalpingografía con prueba de Cotte realizado por la Dra. J. H. Especialista en Diagnóstico por Imágenes (fs.9), antecedentes que sustentan el Resumen de Historia Clínica desarrollado por la Dra. M. E. M. (Tocoginecóloga y Endocrinóloga de la Medicina Reproductiva) obrante a fs. 2 del expié. administrativo Nro 880-1633, quien aconseja la Estimulación Ovárica Controlada (ICSI-TE) Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides, Transferencia embrionaria, tratamiento que resulta luego de verificar los antecedentes personales, patológicos y el resultado de los exámenes complementarios realizados por la pareja.

El día 26 de marzo de 2010 el Jefe del Departamento de Auditoría del I.O.S.COR. (fs.26, Expte 880-1633 aludido), remite el expediente a la Gerencia de Salud para conocimiento, debido a que la práctica médica -Fertilización Asistida- para la cual se solicita la medicación, no cuenta con la cobertura de parte del Instituto.

Fue así que el 29 de marzo de 2010, la Dra. S. C., Jefe División de Alta Complejidad dependiente del I.S.O.COR., considerando la documentación presentada en las actuaciones, el informe médico expedido por la Dra. M., y los demás estudios complementarios, considera que técnicamente corresponde el Tratamiento de Reproducción Asistida.

El día 30 de marzo de 2.010 (fs.25, expte. 880- 1787) la Dra. A. R. de K. en su condición de Gerente de Salud del I.O.SCOR., luego de evaluar las documentaciones obrantes en el expediente, los motivos por los cuales una pareja no puede fecundar, considera que debe el matrimonio recibir el tratamiento por tratarse de un mecanismo posible para concretar la gestación, aunque se repita 2 ó 3 veces, con derecho a obtener la medicación específica para mantener el embarazo el tiempo necesario y la viabilidad fetal hasta el nacimiento del hijo, todo sin perjuicio de requerir a las Autoridades su factibilidad por no estar incorporada la práctica al menú prestacional, pidiendo se le informe al respecto.

En adelante existe una constancia de presentación de parte de la Sra. N. B. de actualizaciones de presupuestos de gastos, honorarios, pedido de preferente despacho (art. 112 de la ley 3460) sin recibir respuesta de parte de la Administración. Silencio que entendido como denegatoria del pedido y luego de haber concurrido el día 23 de Agosto de 2010 solicitando una copia certificada de las actuaciones administrativas, justifica el inicio de esta acción de amparo el día 24 de agosto de 2010 (ver cargo de fs.14).

VII.- Del relato que antecede, estimar como lo hace el inferior que el caso requiere de una producción de mayor debate y prueba implica desconocer los estudios complementarios, los informes de los Médicos Especialistas en la materia y los propios dictámenes de quienes intervinieron en tiempo oportuno por el Instituto demandado, tanto la jefe de División de Alta Complejidad como la Gerente de Salud; basándose solamente el tribunal " a- quo" en un informe emitido el día 8 de septiembre de 2.010 cuando las Autoridades del I.O.SCOR. fueron notificadas de la acción de amparo deducida en causa y vigente el término para producir el informe del art. 8 de la ley 2903, emanado del Médico Auditor del I.O.S.COR. (fs.66 del expte. 880-1633 y su acumulado), el que contraría los otros dos (producidos por la Sra. Jefe de División y aquél emitido por la Gerente de Salud), a su vez, contrario al diagnóstico y tratamiento aconsejado por una Médica Especialista en la materia.

Sin dudas que en función del art. 1 de la ley 2903 y 43 de la Constitución Nacional como 67 de la Carta Provincial, los jueces podemos negar la apertura de la acción de amparo cuando el caso requiere verdaderamente pruebas mayores, un debate exhaustivo; más ese proceder debe apreciarse de modo cuidadoso, imponiéndose un análisis previo de los elementos con los que se cuenta en el expediente.

En la especie, la Cámara soslayó prueba relevante y contundente aportada no solamente por los amparistas sino también por parte del I.O.S.COR. a través de los informes de sus Autoridades Médicas y Especialistas en el asunto, quienes aconsejaron el tratamiento de fertilización más allá de no encontrarse incluido en el menú prestacional. Y esta era la cuestión central del debate.

Y motivar la decisión en un único dictamen (fs. 66 aludido), incluso producido en el momento que la jurisdicción requirió el informe del art. 8 de la ley 2903, contradictorio con los otros dos que fueron realizados en tiempo oportuno luego de verificar los antecedentes médicos, estudios y recomendaciones de una Médica especialista particular que atendió al matrimonio, contraría las constancias del concreto proceso y el bloque de legalidad que lo enmarca y regula.

Va de suyo que la exigencia de un mayor debate y prueba -como expresa el inferior- ocurre cuando la arbitrariedad e ilegalidad no sea manifiesta pues en tal caso habrá que acudir a otra vía cuyo procedimiento profundice la investigación. Así lo entendió la Corte Suprema al señalar que "... limitada la procedencia de la acción de amparo a que el acto impugnado sea manifiestamente ilegal y arbitrario, conforme lo dispone el art. 1 de la ley 16.986, resultan excluidas de su ámbito las cuestiones opinables que requieren debate y prueba..." (C.S.J.N., E.D., 117-571; reiterada en Fallos 308:1726, citados por Silvia A. Díaz, Acción de Amparo, 2001, pág. 111 al aludir a la exigencia del art. 2 inc. d) de la ley de amparo nacional).

El caso de autos, sin embargo, puede dirimirse perfectamente con los antecedentes obrantes en el expediente, con la documental aportada por ambas partes bastando con confrontar la petición con las

previsiones normativas vigentes aplicables, de allí que resulte vacío de contenido el fundamento sentencial.

VIII.- ¿Cuánto tiempo más debe pasar, cuánto desgaste deberán seguir experimentando la Sra B., con 37 años de edad y su esposo para que se les posibilite la cobertura del tratamiento diagnosticado como camino posible para engendrar su hijo y ser padres?

Es dable destacar que al contestar el informe (fs.34/38 y vta.) el I.O.S.COR. reconoce la calidad de afiliados de los amparistas (recuerdo que les es obligatoria por tratarse de empleados que desempeñan tareas remuneradas en el ámbito del Estado Provincial, art.4, ley 3.341). También expresa, en lo que aquí concierne, que no obra en los expedientes administrativos resolución emanada de la Autoridad de Disposición que niegue lo peticionado legalmente (fs.34 y vta.); que los accionantes han acudido a la vía administrativa pero no han esperado respuesta alguna, sino que directamente recurren a la justicia (fs.34 y vta.); que se apresuraron al ejercicio de una acción judicial sin que la Autoridad revalúe las circunstancias peticionadas (fs. 35); que la realización del tratamiento sería en vano dada las condiciones patológicas de uno de los cónyuges (fs. 35) lo cual lesionaría aún más en cada intento frustrado la psiquis y ánimo de los pacientes (fs. 35); continúa diciendo que los pacientes carecen de estudios médicos suficientes y actualizados que permitan un diagnóstico certero, como un tratamiento adecuado que permitirá favorecer y mejorar su calidad de vida y por ende mejorar su capacidad reproductiva (fs. 36). Y especialmente si bien manifiesta que la práctica solicitada no está nomenclada, por lo que no puede autorizarse con una tramitación habitual o corriente, afirman que los amparistas no agotaron las posibilidades de atención que les brinda el I.O.S.COR. por cobertura nomenclada o "por vía de excepción" (fs. 36).

En verdad los amparistas obtuvieron de parte del I.O.S.COR la negativa frente al silencio evidenciado y el uso de la vía escogida constituye para el caso la más idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad psico-física de los peticionantes (Cfr: Germán Bidart Campos, El derecho a la salud y el amparo, en LA LEY, 1997-B, 297).

Además, no puedo dejar de reparar que si bien refiere el demandado que la práctica sugerida no está nomenclada, de los términos de su informe deja entrever la posibilidad de su otorgamiento por vía de excepción. Y fue precisamente lo que aconsejó la Gerente de Salud según tengo dicho más arriba.

Y si bien en nuestra provincia aún no se ha regulado - como ocurrió recientemente en provincia de Buenos Aires- la práctica médica sugerida para el matrimonio B.-L., no puede desconocerse los avances y la voluntad política en el país, cada vez más acentuada, en lograr su reconocimiento legislativo.

Es que uno de los fines de la seguridad social es la cobertura de las contingencias sociales, resultando una de las más trascendentes la contingencia de origen patológico, es decir, la alteración de la salud. Obsérvese, para abundar, que a fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud de todos los habitantes del país sin discriminación de ningún tipo, la ley 23.661 (BO del 20/1/1989) crea un sistema Nacional de Seguro de Salud y consiste en un conjunto de medios e instrumentos mediante los cuales el estado otorga cobertura de salud con los alcances de seguro social siendo su objetivo principal otorgar prestaciones igualitarias de salud, integrales y humanizadas que tiendan a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que mejore la calidad de vida (Cfr: Julio Armando Grisolia, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo II, ed: 2005, pág. 2195).

Esto nos da una idea del consenso legislativo sobre la importancia de la salud, y concretamente la "salud reproductiva" de quienes están aquejados de infertilidad (como en autos) no puede ni debe quedar ajena, menos aún de los avances o beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, derecho este último garantizado por el art. 15 b. del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (Ley 23.313).

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación ha reiterado que la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha señalado que ella resulta la vía idónea para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y la salud (del dictamen del procurador General de la Nación que la Corte Suprema compartió e hizo suyos in re: "Asociación de Esclerosis Múltiple de Sala c. Ministerio de Salud-Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar", del 18 de diciembre de 2003). Y habida cuenta de que en autos se encuentran comprometidos tales derechos, no caben dudas sobre la procedencia de la vía intentada. Es que la salud reproductiva ha sido definida como un "estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos" - Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo, Capítulo VII. Y se ubica en el marco del derecho a la salud y a la dignidad humana y la valoración de la maternidad y la familia. Y en tanto la infertilidad es considerada como una enfermedad, en el caso se encuentra comprometido el derecho a la salud, y resulta procedente el proceso de tutela urgente elegido.

Además, los derechos a procrear, a la vida, a tener una vida digna que se materializa en el caso al de formar una familia, hacen a la esencia de la condición humana, integran el derecho a la salud y merecen primacía sobre todo otro interés.

El art. 39 de la Constitución de la Provincia de Corrientes garantiza la familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad, la cual goza de las condiciones económicas, culturales y sociales que propenden a su desarrollo y protección integral, siendo deber del Estado Provincial establecer políticas que faciliten su constitución y fortalecimiento, debiendo promover la asistencia familiar en lo que respecta a la cobertura social, entre otros. A su vez, el 41 también de la Constitución Provincial refiere a la familia como protectora integral de los derechos del niño, niña y adolescente.

La Constitución Nacional protege a la salud en su más amplio concepto como derecho a un equilibrio psico-físico y emocional de toda persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de todo ser humano y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona (art. I), a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección de ella (art. VI), a la preservación de la salud y bienestar por medidas sanitarias y sociales, relativas entre otras, a la asistencia médica (art. XI).

Lo propio prescribe el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como derecho de todo ser humano a la vida y a su seguridad, disponiendo el art. 16 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del estado. El art. 25.1 protege la salud, el bienestar, especialmente en lo que aquí concierne, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Y especialmente el art. 25.2 garantiza la maternidad y la infancia, teniendo derechos a cuidados y asistencia especiales.

El Pacto de San José de Costa Rica garantiza en los arts. 5.1 la integridad física, psíquica y moral; el art.11.1 protege la honra y dignidad y el art. 17 protege la familia.

Lo propio establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 23.313) en sus arts. 7 a) ii; disponiendo especialmente el art. 10 que los Estados Partes reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El art. 11 1. reconoce el derecho a la mejora continua de las condiciones de existencia, el art. 12 a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y el art. 12 d) a la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Y concretamente el art. 15.b) reconoce el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (lo subrayado me pertenece).

También los arts. 6.1., 23.1., 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege iguales derechos, a la vida, a la constitución y protección integral de la familia.

La ley 23.179 Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el art. 5 ordena garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social. Protege la salud integral de la mujer en el art. 11 f) y el art. 12. 1., a planificar la familia, asegurándole el art. 12.2. servicios apropiados en relación al embarazo, el parto.

A su vez la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales en el art. 3 inc. e); art.6 inc.e) consagran el derecho inalienable a la salud reproductiva.

IX.- De este modo, el derecho a una buena calidad de vida o vida "digna" importa una adecuada e integral atención médica, ocupando un papel central dentro de los Derechos Humanos. Así, dentro de la categoría de los derechos personalísimos, derivados del derecho a la vida digna, se enmarca el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica y a su preservación como a un adecuado tratamiento.

Corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229).

La jurisprudencia nacional ha consagrado repetidas veces la vigencia de este reclamo, tanto en las Obras Sociales administradas por el Estado, como las privadas.

De esta manera, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fé, sala I, en autos "M.M.A. y otros c. IAPOS y otro" (Cfr: LLitoral 2010 (setiembre),846) expresó: "Procede la acción de amparo deducida por una pareja a fin que sus obras sociales costeen la totalidad de los gastos de un tratamiento de fertilización asistida -en el caso por la técnica ISCI-, si quedó acreditada su imposibilidad para concebir y la idoneidad de dicho procedimiento médico, no obstante a ello la circunstancia de que éste no se encuentra contemplado dentro

del Programa Médico Obligatorio, dado que solo se trata de un piso prestacional que puede ser elastizado en el caso en que estén comprometidos el derecho a la salud o a la vida".

Y agregó: "La denegación del acceso a las técnicas de fertilización asistida cuando fueren indispensables para concebir un hijo vulnera expresamente la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana de Belem do Pará, y contraría el principio de igualdad resguardado en nuestra Constitución Nacional, ya que discrimina injustamente a la mujer que tiene dificultades para procrear de aquellas que no las padecen".

Lo propio ha resuelto la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia (Chaco) en "Zaracho, Silvia y otra c. OSDE SA", (ver: LLLitoral 2011-(febrero),72); en este caso una prepaga privada, diciendo: "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 ISCI-, en tanto la solución en contrario importaría priorizar un mero interés comercial 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".

Por su parte la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 23/12/10, en "A.J.A. y otro" (Cfr:AR/JUR/86.344/2010-LL on line), expresó: "El derecho a la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente -en el caso, se hizo lugar a una acción de amparo y se ordeno a una obra social a cubrir el tratamiento de fecundación asistida solicitado por el matrimonio accionante- , pues la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos integrantes de la pareja, además de su derecho a procrear".

"La Obra Social debe cubrir el tratamiento de fecundación asistida que los actores necesitan para procrear -en el caso, se hizo lugar a la acción de amparo-, porque el hecho de que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta que los derechos que los amparistas estiman vulnerados son derechos humanos que trascienden el derecho positivo".

"Debe hacerse lugar a la acción de amparo deducida por un matrimonio contra la obra social a la cual se encuentran afiliados y ordenar a ésta la cobertura de la fecundación asistida que los accionantes necesitan para procrear, pues si el acceso a los tratamientos de fecundación asistida constituyen un aspecto del derecho a la vida, este derecho no puede encontrarse reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad y resulte vedado para quienes carecen de recursos suficientes, máxime cuando no se encuentra acreditado que el gasto que le demandaría las prestaciones solicitadas, produzcan a la obra social demandada un grave daño, es decir, un desequilibrio económico, como así tampoco una imposibilidad financiera para hacer frente a la prestación reclamada".

Por lo que a partir del ordenamiento jurídico nacional, supralegal y provincial y de la premisa consagrada por el Más Alto Tribunal del país y lo resuelto por la jurisprudencia, resulta inevitable tener en cuenta, insisto, que la Sra. B. tiene 37 años de edad -según constancias de autos- y que luego de infructuosos intentos para lograr ser madre y alcanzar ese milagro de la vida que es el concebir, luego de realizarse todos los estudios médicos detallados junto a su marido, tiene ahora a su alcance la posibilidad de concretar su deseo a través del tratamiento recomendado de fertilización asistida por técnica ICSI (Inyección Espermática Intracitoplasmática). Y probado como está el silencio del I.O.S.COR. pero acreditado también el apoyo de sus médicos a pesar de no estar cubierto el tratamiento, que B. y L. son titulares de la Obra Social, no puedo más que concluir que el Estado Provincial a través del Instituto de Obra Social (I.O.S.COR.) debe garantizar y cubrir el tratamiento sugerido a los amparistas durante el tiempo que dure, de modo integral y mientras sea posible alcanzar el embarazo. Sólo así, en el caso concreto, con toda la prueba instrumental reunida en el expediente y de conformidad a los dictámenes médico y gerencial favorables, a los propios términos del informe del art. 8 de la ley 2903, pueden hacerse efectiva la protección de los derechos a la vida, a la maternidad y a la familia.

X.- Y la acción de amparo prevista en la ley 2903, con su correlato en las Constituciones Provincial y Nacional (arts. 67 y 43) se presenta como el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados tanto en la Constitución Provincial como en la Carta Magna y los Tratados con jerarquía constitucional.

En definitiva, a la luz de lo actuado en este proceso y conforme las constancias del expediente administrativo como en razón del ordenamiento jurídico aplicable y reseñado, el silencio y la falta de cobertura en este caso concreto deja sin sustento la oposición realizada por el accionado, y configura una actuación manifiestamente arbitraria o ilegítima, que lesiona el derecho a la salud del matrimonio recurrente. Fundamentalmente, la posibilidad de revertir a través del tratamiento requerido la infertilidad como enfermedad que impide la procreación, pone en juego derechos fundamentales primarios de la persona, preexistentes al

Estado, tales como lo son los derechos naturales a la vida, a la salud y a la dignidad.

Por consiguiente, de compartir mis pares el voto que propicio corresponderá hacer lugar al recurso de apelación deducido, revocar la sentencia de Cámara en todas sus partes para en su mérito hacer lugar a la demanda de amparo y condenar al I.O.S.COR. a cubrir el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI en la clínica CEGYR, con domicilio en la ciudad autónoma de Buenos Aires, con la Dra. M. E. M., durante todo el tiempo que dure, de modo integral y mientras sea posible alcanzar el embarazo. Costas en ambas instancias a la vencida. Regular los honorarios profesionales de Jorge E. Scofano, en el carácter que intervino, vencedor y Monotributista frente al I.V.A. por la actuación que le cupo en esta instancia en el 30% (art. 14 ley 5822) de la cantidad que deba fijarse para sus honorarios en primera instancia.

A la cuestión planteada el señor ministro doctor Fernando Augusto Niz, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Carlos Rubín, por compartir sus fundamentos.

A la cuestión planteada el señor ministro doctor Guillermo Horacio Semhan, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Carlos Rubín, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

Sentencia N° 29

1°) Hacer lugar al recurso de apelación deducido, revocar la sentencia de Cámara en todas sus partes para en su mérito hacer lugar a la demanda de amparo y condenar al I.O.S.COR. a cubrir el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI en la clínica CEGYR, con domicilio en la ciudad autónoma de Buenos Aires, con la Dra. M. E. M., durante todo el tiempo que dure, de modo integral y mientras sea posible alcanzar el embarazo. Con costas en ambas instancias a la vencida.

2°) Regular los honorarios profesionales de Jorge E. Scofano, en el carácter que intervino, vencedor y Monotributista frente al I.V.A. por la actuación que le cupo en esta instancia en el 30% (art. 14 ley 5822) de la cantidad que deba fijarse para sus honorarios en primera instancia.

3°) Insértese y notifíquese. —Guillermo Horacio Semhan. —Fernando Augusto Niz. —Carlos Rubín.