

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

Sentencia del Juez de Cámara Marcelo Ramón Domínguez - Secretaría María Victoria Mosmann

Salta, 6 (seis) de octubre de 2014

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**MAMANI**, Belén A. vs. **INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA ( I.P.S.) – Amparo**", **Expte. N° CAM 477.546/14 de Sala Tercera** y, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **RESULTANDO** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ l) A fs. 37/54 se presenta la Sra. Belén Mamaní, por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Dra. Natalia Giacosa, promoviendo acción de amparo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.), con el objeto de que se ordene a la parte demandada la cobertura del 100% de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad por ovodonación, incluyendo medicación para la retención del embarazo, honorarios médicos y el costo de la obtención del óvulo por el banco de gametos (medicación para estimular la maduración de ovocitos, para la inducción a la ovulación y los honorarios médicos), por el número de intentos que establece la ley o hasta lograr el embarazo, si esto ocurriere primero. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Expresa que es afiliada obligatoria de la Obra Social demandada, atento a que trabaja como asistente social en la Cooperadora Asistencial de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, no pudiendo elegir a qué Obra Social destinar sus aportes conforme lo prevé la Ley Nacional 23.660 y el Decreto 9/93 del P.E.N. Es por ello que también al no existir hospitales públicos que realicen dicho tratamiento, y siendo la demandada la única organización de seguridad social que puede y debe garantizar la completa y efectiva satisfacción de sus derechos es que interpone la presente acción. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Considera que la acción de amparo es la adecuada al encontrarse comprometidos derechos constitucionales no patrimoniales sin que exista una vía procesal más idónea para solicitar su protección, ya que las vías ordinarias podrían conducir a la frustración de su derecho por no obtener respuesta de manera oportuna, ya que las dilaciones fundadas en razones rituales o la imposición de agotar la vía administrativa impediría una tutela judicial efectiva. Asimismo, agrega que le resultaría psicológicamente imposible transitar un proceso judicial ordinario, ya que sufre de crisis de angustia y ansiedad, concurriendo a sesiones de psicoterapia, corriendo el riesgo de caer en depresión. \_\_\_\_\_

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

\_\_\_\_\_ En lo que respecta a la postura del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.), expresa que su respuesta ante su requerimiento a cubrir la ovodonación y la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad fue negativa, expresada mediante nota de la Junta Médica N° 40.561 de fecha 10 de marzo del corriente año, autorizándose sólo el 80% del tratamiento y no brindando cobertura a la ovodonación, respuesta que se encuentra agregada en el Expediente Administrativo N° I.P.S.S. (74) 6677/2014-0, contrariando con ello el mandato literal y expreso de la Ley 26.862, logrando con dicha conducta omisiva, restringir injustamente su derecho a la salud reproductiva, lesionando de manera actual, manifiestamente ilegal y arbitraria, sus derechos constitucionales a la salud, a formar una familia y a no ser discriminada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Relata que se encuentra en pareja desde hace siete años con el Sr. Sebastián Morales, con quién convive hace seis años, quien trabaja como chofer de un transporte escolar en condiciones laborales precarias, careciendo de Obra Social, teniendo ambos ingresos mensuales muy modestos. Que a los dieciséis años le extirparon la tiroides por lo que no menstrúa desde los dieciocho años debido a una falla ovárica prematura, que fue diagnosticada recién a los veinticinco años de edad cuando con su pareja quisieron tener un hijo. Desde entonces es que esperan, junto con su pareja, tener la oportunidad de realizarse un tratamiento, el que les resulta inaccesible debido a su elevado costo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En cuanto a la patología que sufre, expone que la inmadurez de sus ovarios provoca la incapacidad de producir óvulos maduros y no existe un tratamiento que restablezca la función ovárica normal, por lo que con el paso del tiempo fue resultando dolorosa dicha incapacidad reproductiva, generando angustia, tristeza, ansiedad y frustración, ya que solo mediante un tratamiento de ovodonación podrá gestar un bebé juntamente con su pareja. Asimismo, el óvulo donado sólo puede ser fecundado mediante técnica de reproducción de alta complejidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Funda su derecho, ofrece pruebas y solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 117/122 se presenta la Dra. Mariana Celeste Figueroa, como apoderada de la parte demandada, elevando el informe circunstanciado requerido y contestando la demanda. Allí, luego de formular concretas negativas respecto de las afirmaciones de la amparista, considera que la situación de la misma no se encuentra en el marco legal de lo dispuesto por el artículo 87 de la Constitución de la Provincia, toda vez que de autos surge que el Instituto Provincial de Salud de Salta dio cumplimiento estricto a la normativa aplicable a la misma y al orden jurídico en general. Expresa que la amparista incurre en contradicciones al iniciar la presente acción ya que en su escrito de demanda expresamente reconoce que el Instituto Provincial de Salud no ha aceptado ni rechazado su pedido. \_\_\_\_\_

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

\_\_\_\_\_ Sostiene que el pedido es efectuado sin contemplar lo establecido en la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013, pretendiendo se le reconozca prestaciones que no corresponden, por no estar incluidas en las leyes que regulan la F.I.V. Que el Instituto Provincial de Salud de Salta viene cumpliendo con las normas referidas y brindando cobertura al Tratamiento de Fertilización Asistida en base al Acta Acuerdo firmado entre éste y los Centros de Reproducción Asistida de nuestra Provincia, inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud de la Nación. Agrega que en dichas Actas se establecieron códigos y valores de los diferentes módulos, criterios de inclusión y exclusión, documentación necesaria para la evaluación de los casos, prácticas y normas de procedimientos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En lo que respecta a la infertilidad, la parte demandada brinda cobertura a través de la Resolución N° 029- D/14 mediante la cual se incorpora al Nomenclador del Instituto Provincial de Salud de Salta las prácticas que corresponden al Tratamiento de Fertilización Médicamente Asistida, las cuales tendrán una cobertura del 80 % en el tratamiento y medicación quedando el 20 % a cargo del afiliado, dentro de esta normativa se autorizó el pedido realizado por la amparista en el expediente Administrativo (74-6667/2014). Es por ello que concluye que no existiendo una conducta que justifique la promoción del presente amparo, al que estima improcedente, solicita su rechazo, con costas. Hace reserva al caso Federal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 170/172 y 186/187 y 190 obran actas de audiencias, a fs. 226/229 el Informe Ambiental realizado por la licenciada Silvana Moreno y a fs. 233/235 obra las pericias psicológicas realizadas por la licenciada Eleonor Morillo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 248/258 se agrega el alegato de la parte actora y a fs. 259/261, el de la parte demandada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 243/246 obra dictamen del Fiscal de Cámara. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 262 se llaman autos para sentencia. \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO**

\_\_\_\_\_ l) *La acción de amparo*: su caracterización: la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (art. 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (art. 89 de la Carta Magna local). \_\_\_\_\_

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

\_\_\_\_\_ En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125 – 544 y doctrina de Fallos 294 – 152; 301 – 1061, 306 –

1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) *El derecho a la salud -Su resguardo constitucional-*: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2006), decidió que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 25 inc. 2º, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello "el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que "...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: [prensaju@justiciasalta.gov.ar](mailto:prensaju@justiciasalta.gov.ar)**

en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la 'letra' del texto no lo tenga escrito..." (Bidart Campos, Germán, *Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales*, La Ley, 2002-C, 628).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: La indemnidad del paciente (art. 1.198 del Código Civil, arts. 4 y 5 Ley de Defensa del Consumidor y art. 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJSalta, año 2007, 30/10/2007, Registro, tomo 120, f° 363/374) en donde -en lo que el caso interesa- se dijo en el considerando 6° que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Afirmando este rumbo, la Corte Federal ha sostenido que: "en orden a lo anterior que, si bien a propósito de un reclamo vinculado con prestaciones alimentarias a favor de un menor, V.E. interpretó que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los organismos a que se hizo referencia en el acápite anterior y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122, etc.); la suspensión de los cuales, como recuerdan con cita de preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los ministros López y Moliné O'Connor, no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (Fallos: 324:975)" (Del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Martín, Sergio G. y otros c. Fuerza Aérea Argentina", sentencia del 08/06/2004, Fallos Corte: 327:2127, publicada en La Ley Online).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ "La aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía- tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional, pues, si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto el objeto del amparo, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales" (del dictamen de la Procuradora Fiscal que el Alto Tribunal, por mayoría, hace suyo en sentencia dictada el 09/06/2009, Causa "Rivero, Gladys Elizabeth", publicado en La Ley online, Fallos de la Corte Premium).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Ha precisado la Corte Címera Nacional que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 4-7-85, "Cerámica San Lorenzo S.A.", L.L. 1986-A-178, y E.D. 115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212-160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: Parte General, Bs. As., Edit. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: El Proceso Justo, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C-808, ap. I; CApelCCSalta, Sala III, año 1990, f° 389; íd. íd. año 2002, f° 244, íd. íd. año 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su art. 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud se encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (art. 75 inc. 22).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ He sostenido que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, *Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos*, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, están en juego los valores eminentes de la vida, la dignidad y

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: [prensaju@justiciasalta.gov.ar](mailto:prensaju@justiciasalta.gov.ar)**

la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant en Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, publicado en J.A. 1999 - III - 363, quien afirma que el término "salud" comprende las aptitudes físicas, psíquicas y morales que permiten al hombre desarrollarse como tal. Quizá con un criterio más amplio, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha definido la salud como: "un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica" (Convención del 22 de julio de 1946). Y merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, "la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social". De tal forma, el término "derecho humano a la salud" expresa hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida. Siempre, el ser humano tiene derecho a la salud y a su integridad física, psíquica y espiritual, desde que no constituye solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Así, se ha sostenido que el derecho a la salud pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación" pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota: *Proyecciones del derecho humano a la salud* en E.D. t.128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el artículo 41: "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades. A su turno, el artículo siguiente (art. 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 –"cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación", a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III) *Las acciones positivas*: Y hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional - artículo 75, inc. 22 de la Constitución- y

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

en el artículo 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el artículo 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002-E, 374).

\_\_\_\_\_ Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad -artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-

\_\_\_\_\_ Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los artículos 37, 43 y 75 – incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado.

\_\_\_\_\_ Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros).

\_\_\_\_\_ La Corte Federal ha dicho que: "el Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito" (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", sentencia del 20 de



**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo", sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552)" (Considerando 8° de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires, publicado en: La Ley 20/10/2008, 20/10/ 2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135).\_\_

\_\_\_\_\_ IV) *El Instituto demandado: regulación de su obrar:* El Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas públicas (art. 1° Ley N° 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto "la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma",... "eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social" (art. 2°).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De más está decir que la Ley de Creación del Instituto Provincial de Salud ha receptado la figura del seguro social, a los efectos de procurar para todos los afiliados y sin discriminación alguna, el pleno goce del derecho a la salud. Esta obra social, tiene obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados (forzosos) titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, paraestatales y municipales de la Provincia (art. 5° apartado A – inciso a).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se trata, entonces, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sin perjuicio de la referida doctrina de la Corte Federal, en cuanto a que las obligaciones estatales se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en el ámbito de la salud pública (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708; 331:2135), se considera de especial relevancia el hecho de que la demandada, como ente descentralizado del estado salteño, forma parte de la estructura estatal y, a través del mismo la Provincia ha institucionalizado la forma de prestación de la cobertura de la atención a la salud de los agentes públicos que imperativamente afilia. Entonces, la creación de un ente autárquico como el Instituto Provincial de Salud de Salta, no puede servir de excusa para que incumpla sus obligaciones constitucionales y legales en el ámbito de la salud. Tampoco puede tener

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

como consecuencia, que quienes aportan al sostenimiento de la obra social provincial tengan que deambular por dependencias públicas para obtener la asistencia adecuada, debiendo el ente descentralizado arbitrar todos los medios razonablemente a su alcance, incluida la obtención de auxilio financiero en el caso de ser necesario, para que la política provincial en el ámbito de salud y sus beneficios, lleguen a sus afiliados. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ V) *La jurisdicción supranacional: Su incidencia en el caso:* Ello sentado, me referiré a continuación de manera puntual al caso que nos ocupa, reparando que in re "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió condenar al estado demandado en tanto prohibía la utilización de las técnicas F.I.V. (fecundación in vitro) en el territorio del país. Para ello realizó una interpretación del artículo 4.1 del Tratado dejando en claro el momento a partir del cual dicho Tribunal entiende se produce el comienzo de la vida. El texto de dicha norma dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" y había generado diversas interpretaciones sobre el alcance a dar a la frase resaltada. Al respecto se concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para ser más explícitos al respecto por la incidencia que la cuestión tiene, dados los diferentes ámbitos donde irradia sus efectos, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica. El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la fecundación in vitro transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la fecundación in vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. En este sentido, la Corte entendió que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana, como ya anticipáramos. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no viabiliza precisar el alcance de dichas excepciones. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

otorgar el estatus de persona al  
embrión. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se recuerda en el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la fecundación in vitro es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la fecundación in vitro son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno. El primer nacimiento de un bebé producto de la fecundación in vitro ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida, "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología". Asimismo, "anualmente, se realizan millones de procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido" de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Además, la Corte Interamericana señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. \_\_\_\_\_

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

\_\_\_\_\_ Respecto a los derechos reproductivos, se indicó por la Corte Interamericana -y vuelvo al fallo- que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas. La Corte consideró que el caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas, consideraciones con las que estoy en un todo de acuerdo.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En comentario al fallo de la Corte Interamericana, titulado "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Eleonora Herrera publicado en La Ley 28/12/2012, recuerdan que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido el centro de un acalorado debate desarrollado a lo largo del año 2012. Ese intercambio de ideas, en hora buena, ha movilizó muy positivamente a la doctrina nacional. Uno de los temas más polémicos fue el relativo a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la regulación de la filiación que tiene por origen la reproducción humana asistida. Casi al finalizar el año, un hito altamente significativo se ha producido. Ha hablado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No se trata de una voz más en esta disputa, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué ha dicho respecto al embrión no implantado este calificado tribunal en la decisión, tan esperada, fechada el 28/11/2012, recaída en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica"? Dijo exactamente lo mismo que el art. 19 del Proyecto: la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Las autoras en cita, bajo título: *Discriminación indirecta en relación con el género*, reparan que la Corte Interamericana considera que los estereotipos influyen en esta situación. Si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer. Aunque la prohibición de la Fecundación in vitro no está expresamente dirigida a la mujer y, por lo tanto, parece neutral, tiene un impacto negativo sobre ella. El Tribunal no valida dichos estereotipos; sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Asimismo, considero de relevancia destacar lo señalado por las autoras sobre lo que intitulan Discriminación indirecta en relación con la situación económica, al sostener que la prohibición de la Fecundación in vitro tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para practicarla que es precisamente el caso a decidir.

\_\_\_\_\_ Y al establecer las Conclusiones de la decisión y medidas ordenadas por la Corte Interamericana, afirman que la posición de la máxima instancia judicial de la región es precisa: adopta una postura amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica. Por eso, declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas. En primer lugar, ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso. En segundo lugar, impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la Fecundación in vitro, teniendo en cuenta los principios \_\_\_\_\_ establecidos \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ su decisión. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La Corte de Justicia de Salta en fallo de fecha 26 de agosto de 2013 sostuvo -en el voto de la mayoría- que "en efecto, la Ley 26.862 esencialmente legisla sobre los beneficiarios y la cobertura de las prestaciones de fertilización médica asistida. Amplía los derechos respecto de los beneficiarios ya que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda instrumentar una discriminación o exclusión debida a la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales (habilitados) de los tres subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga). Asimismo, quedan comprendidas las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de baja, mediana y alta complejidad. El legislador estatuye a su vez que "Las disposiciones de la presente ley son de orden público" (art. 10). Además, resulta aplicable en todo el territorio nacional. Luego, el segundo párrafo del art. 10 "invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes". El art. 11 establece el mandato al PEN de reglamentar la ley de

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

procreación médicamente asistida "dentro de los noventa -90- días de su publicación". Al respecto, no debe olvidarse que si "el objeto de la reglamentación es reglar en detalle ciertas leyes para facilitar su ejecución, su falta no puede, en manera alguna, suspender la vigencia de la ley en los términos del art. 2° del Cód. Civil" (cfr., SC Buenos Aires, mayo 5-964, "Empresa Gral. San Martín c. Baixet, Enrique", L. 4358; ED, 14-286). \_\_\_\_ 3°) Que en cuanto a su objetivo, la ley establece su voluntad de "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" (art. 1°), comprendiendo los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida de baja, mediana y alta complejidad (ver arts. 1°, 2° y 8°). El Estado da garantía a quienes quieran acceder a los métodos de fertilización asistida, que no habrá obstáculos de índole económico impeditivos de su realización y así, establece la obligatoriedad a los subsectores público, de la seguridad social y privado de la salud, de prestar la asistencia médica integral de la fertilización humana asistida (ver art. 8°). En cuanto al concepto "reproducción médicamente asistida", son "los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo" (art. 2°, párr. 1° de la Ley 26862). Para alcanzar la fecundación, entonces, a) se deben instrumentar procedimientos y técnicas de procreación reconocidos por la ciencia médica; b) se debe contar con la asistencia o ayuda médica; y c) el fin debe ser plasmar el estado de embarazo en la mujer. La Reproducción Médicamente Asistida (RMA), según la Organización Mundial de Salud (OMS) es la "reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante". En la RMA "quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones" (art. 2°, párr. 2° de la Ley 26.862). Los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida permitidos por el legislador son los validados por la ciencia médica en la actualidad (ver art. 8°); ello sin embargo, la norma faculta al Ministerio de Salud de la Nación a incluir "nuevos procedimientos y técnicas" cuando sean el fruto de los "avances técnico-científicos" (cfr. art. 2°, párr. 2° de la ley cit.). La Ley 26.862 titulariza el derecho humano "a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: [prensaju@justiciasalta.gov.ar](mailto:prensaju@justiciasalta.gov.ar)**

médicamente asistida" en "toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7º). Con respecto a la cobertura de los procedimientos y técnicas de fertilización asistida, la ley luego de universalizar el acceso a los procedimientos y las técnicas de procreación médicamente asistida a todas las personas, establece que están obligados a brindar la cobertura de los procedimientos y técnicas de procreación médicamente asistida: "El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean..." (art. 8º). Así, la norma engloba a los hospitales públicos, las entidades de la seguridad social reguladas por las Leyes 23.660 de obras sociales y 23.661 del seguro de salud y las entidades de la medicina prepaga encuadradas bajo el marco jurídico de la Ley 26.682. Igualmente a otras entidades de la seguridad social reguladas por instrumentos jurídicos autónomos. La ley extiende la obligatoriedad de la cobertura de las TRHA a toda otra entidad que brinde servicios médico-asistenciales, sin importar la personalidad jurídica que revistan. Por lo tanto, la ley involucra también a las mutuales, las cooperativas y las fundaciones que brinden servicios médicos a sus afiliados. 4º) Que en relación a las prácticas que se incorporan al PMO, todas las prestaciones médicas que obligatoriamente deben brindar las obras sociales y las empresas de medicina prepaga están contenidas en ese Programa Médico Obligatorio (PMO) —Res. n° 1991/2006 MS— que opera en el seguro de salud de la Ley 23661 (Adla, XLIX-A, 57). Unas y otras entidades deben brindar a sus afiliados—beneficiarios (las obras sociales) y a sus asociados—beneficiarios (las entidades médicas prepagas), las prestaciones de procreación médicamente asistida detalladas en la segunda parte del art. 8º de la Ley 26862. La norma estatuye que quedan incorporadas al PMO: a) "La cobertura integral e



**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a) la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación"; b) "Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios". El legislador prescribe que "También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho -18- años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro". Asimismo, se dispuso que "Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación" (art. 5º de la Ley 26.862). La norma regula sobre la autoridad del Estado encargada de hacer observar la ley; y determina las funciones que debe cumplimentar a los fines de concretar su objeto. El art. 3º, bajo el título "Autoridad de aplicación", determina que "Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación". El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la ley, deberá: a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente; b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas; c) Efectuar campañas de información a fin de

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones; d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida; e) Inscripción en un Registro especial. En la norma se dispone la creación, "en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, de un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones" (art. 4° de la Ley 26.862). La creación de este tipo de registro sirve a la autoridad de aplicación a los fines de controlar el universo de instituciones habilitadas para llevar a cabo las prestaciones objeto de la ley. La autoridad de aplicación establece los requisitos edilicios, de capacidad instalada, los recursos humanos, etc., que deben acreditar los establecimientos sanitarios que quieran prestar las TRHA; la autoridad de Aplicación otorga la habilitación correspondiente, inscribe a la institución médica en el Registro especial del art. 4° de la Ley 26862 para que pueda comenzar a brindar las TRHA" (causa *Flores* fallada por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Tomo 179: 371/396).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida, en su artículo 1°, dispone que "se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in Vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos", y luego a partir del tercer párrafo del artículo 8° establece que "en los términos que marca la ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, a efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimos tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad".\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En este contexto normativo, jurisprudencial y doctrinario es en el que se inserta el presente caso en el que la accionante Belén Mamaní, en razón de una falla ovárica prematura, no menstrúa desde los 18 años y en consecuencia no tiene óvulos en sus

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

ovarios, habiendo declarado su médico tratante que no ovula desde hace cinco años (v. pregunta cuarta fs. 170 vta.)\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La posición de la accionada de negarse a cubrir el uso de óvulos frescos y no congelados aparece en el caso irrazonable, ya que esta segunda opción resulta además de más efectiva, menos costosa según atestiguara el Dr. Juan José Aguilera a fs. 170. Surge también del mismo testimonio, que el gasto que implica la estimulación ovárica –el cual se niega a afrontar la accionada- resulta necesario en tanto sin estimulación a la donante no se logra la obtención de óvulos.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La falta de justificación de la negativa asumida por la obra social demandada se evidencia del testimonio de los médicos auditores de la misma que dicen no autorizar el reconocimiento de lo relacionado a la ovodonación porque se considera que los gametos ya están en el Banco, afirmación ésta de la cual se sigue que no existe una motivación fundada en la innecesariedad o en la impertinencia del tratamiento y modalidad solicitada, sino en la dogmática respuesta fundada en el seguimiento de un procedimiento que en el caso no resulta posible por carecer SARESA –entidad incluida en el listado de datos de establecimientos de salud del Registro Federal de Establecimientos de Salud v. pregunta 11ª fs. 187- de óvulos congelados. La decisión adoptada entonces no se condice con la norma que rige el caso en tanto tiene por objeto garantizar *el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales que fueren necesarios para obtener un embarazo* (cf. Art. 1 de la ley 26.862 y 2 de la dcto. Reglamentario).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por lo demás, se han cumplimentado en la litis una serie de diligencias de prueba, cuyas conclusiones coadyuvan el pedido formulado por la actora. En efecto, es relevante destacar quedó probado que María Belén Mamaní mantiene una relación estable desde hace varios años con el señor Sebastián Morales, conviviendo en el domicilio de Barrio Santa Lucía, calle 12 - Medidor 89 (ver acta de fs. 190). Éste, a su turno, ha afirmado que el problema de infertilidad de su pareja *es de los dos... Cuando estaban de novios ya sabía que ella no podría tener un hijo*. Manifiesta que *no le costó asumir la situación de tener un hijo con un óvulo donado y que la apoya totalmente en este proyecto*. Cuenta que *la convivencia con Belén es buena, que son muy compañeros y que se llevan bien*. Afirma que *desea ser padre*. Sostiene que *le gustan los niños*, entre otras consideraciones relevantes de su declaración que me permiten afirmar sin hesitación que la demanda de amparo es un proyecto de vida, más que una acción judicial, en procura de integrar una pareja estable, con un hijo que consolide esos sentimientos a futuro.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 233/234 obra agregada pericia psicológica de la Sra. Belén Mamaní de la cual surge que en la entrevistada se observa *angustia durante su relato respecto de su imposibilidad de ser madre, manifestando el deseo de lograr tal fin y la esperanza de conseguirlo con una postura positiva al respecto*, quedando evidenciado también que posee humildad y capacidad de renuncia para adoptar un óvulo, circunstancia que le permitirá engendrar un hijo que llevará la carga genética de su pareja y vivir la experiencia de ser madre desde el primer día de gestación y finalmente se destaca de dicho informe que *en su*

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

*personalidad de base no se observan indicadores psicopatológicos.*\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 235 consta similar pericia respecto del Sr. Sebastián Morales *quien pone de manifiesto la infertilidad como una dificultad de la pareja y no sólo de su mujer* así como su acuerdo en arbitrar los medios necesarios para lograr la paternidad.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ No puedo pasar por alto las necesarias secuelas psicológicas que la dilación del trámite van a seguir generando en la accionante, toda vez que es una verdad asumida que la mayoría de las personas dan por garantizada su fertilidad, de lo cual surge que es de toda lógica imaginar que el comprobar la presencia de algún tipo de problema genético que impida concebir o tener un hijo, venga acompañado de un impacto emocional muy fuerte, lo cual ha quedado probado en la causa a la luz de los informes profesionales rendidos. Y si, por añadidura, los padres deciden buscar ayuda y someterse a algún procedimiento o tratamiento de reproducción asistida, puede entenderse que inician un proceso que demanda una gran capacidad de adaptación. El sometimiento a toda una gama de pruebas médicas, la toma de medicinas, la realización de análisis frecuentes y hasta las alteraciones en la frecuencia y hábitos sexuales, los períodos de espera de resultados o la relación con los distintos profesionales, son sólo algunas de las situaciones que deben enfrentar las parejas infértiles y que, por lo general, conllevan consecuencias psico-emocionales importantes, cuya morigeración es un mandato a cumplir.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Si la medicina y la legislación han avanzado permitiendo dar respuesta a tal problemática, detenerse en ápices formales no parece ser la respuesta que la obra social deba brindar en tal caso, ni mucho menos la jurisdicción adherir a tales posturas, puesto de lo que se trata, como se anticipara, es la de permitir a una pareja tener un hijo. Ni más ni menos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Los derechos reclamados tienen por destinatarios a la pareja conformada por Belén y Sebastián, respecto de los cuales se ha probado suficientemente su anhelo de arribar a la paternidad a través del procedimiento de fertilización in vitro con ovodonación, por lo cual entiendo entonces que la acción de amparo debe prosperar y que se debe ordenar la cobertura pretendida por parte del Instituto Provincial de Salud de Salta.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello,\_\_\_\_\_

**FALLO**

\_\_\_\_\_ I) **HACIENDO LUGAR** a la demanda deducida a fs. 37/54 por la Sra. Belén Mamani. En su mérito, **CONDENANDO** al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar la inmediata cobertura integral al 100% del costo del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación en el número de tres intentos o hasta lograr el embarazo si esto sucediera antes, en los términos de la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13,

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta**  
**Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

previo aporte de los presupuestos de dichas prácticas para su aprobación por el Proveyente.

**CON COSTAS.** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) **REGULANDO** los honorarios profesionales de la Dra. Natalia Giacosa en la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III) **CÓPIESE**, regístrese y notifíquese. \_\_\_\_\_

CApel.CC. Salta, Sala Tercera, año 2014, f° 444/458