

**SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA -  
TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Autos

Nº Resolución: 3

Año: 2018 Tomo: 1 Folio: 9-17

EXPEDIENTE: 2836634 -  - VEDIA FLORES, CRISTINA VIVIANA C/ ADMINISTRACION  
PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (APROSS) - AMPARO (LEY 4915)

**AUTO NUMERO:** 3. CORDOBA, 02/03/2018.

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "**VEDIA FLORES, CRISTINA VIVIANA C/  
ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (APROSS) AMPARO  
(LEY 4915) - RECURSO DE APELACIÓN - Expte.Nº 2836634**", de los que resulta que:

1. La parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 107/114) en contra de la Sentencia número Doscientos cincuenta y siete dictada con fecha veintidós de noviembre de dos mil dieciséis por la Cámara Contencioso-administrativa de Segunda Nominación de esta ciudad, que en su parte resolutive dispuso: "*I.- No hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Cristina Viviana Vedia Flores en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS)*" (fs. 95/106vta.). Sostiene que la resolución impugnada es incongruente toda vez que se le reconoce el derecho a procrear, a formar su familia y a la salud reproductiva, como integrante del derecho a la salud y a la vida, pero avala una limitación arbitraria y desproporcionada que le impide acceder al tratamiento médico que le permitiría ser madre.

Alega que no resulta adecuado aplicar la normativa invocada por la APROSS -Resolución n.º 178/09- sin considerar que la misma es anterior a la sanción de la Ley n.º 26.862 de Fertilización Asistida, norma de orden público que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida.

Pondera que la referida legislación nacional establece que pueden acceder a dichas prestaciones todas las personas mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado.

Indica que las limitaciones contenidas en la Resolución n.º 178/09, que le imposibilitan el acceso al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad indicado por su edad, por no estar en pareja, y por el tratamiento específico solicitado -inseminación con donación de gametos (ovodonación) e inseminación con semen heterólogo-, constituyen un acto ilegítimo pues, implican un límite a la fecundidad fundada en razones presupuestarias que no se condice con el conjunto de reglas, principios y valores que emergen de las normas constitucionales; las directivas sentadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Ley n.º 26.862.

Como segundo agravio indica que es de público conocimiento que se encuentra vigente y operativo el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), donde se inscriben los centros habilitados para realizar procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones conforme lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto n.º 956/13. Refiere que surge de la página web de dicho organismo ([www.msal.gob.ar](http://www.msal.gob.ar)) la existencia de diferentes establecimientos de salud de esta ciudad habilitados al efecto, entre los que se encuentra CIGOR SA (el requerido en autos).

Afirma que dicha circunstancia no puede ser desconocida por la demandada, tanto por su condición de prestadora de salud, como por la vinculación contractual que posee con CIGOR SA como su prestador.

Agrega que también le causan agravio las consideraciones respecto a que en la inseminación heteróloga están implicadas cuestiones bioéticas y legales que carecen de reglamentación específica, por lo cual se encontraría vedado su derecho a acceder al tratamiento que constituye la única posibilidad, conforme sus antecedentes médicos y circunstancias personales, de formar una familia.

Alega que habiéndose incorporado a la legislación nacional (arts. 558, 562, 563 y 564, CCC) disposiciones específicas sobre cuestiones atinentes a la filiación mediante técnicas de fertilización asistida, respecto de la determinación de la filiación de las personas nacidas bajo esa modalidad y los derechos que poseen, otro tipo de cuestiones bioéticas, legales o netamente morales, no ameritan ser tratadas ni resueltas en la presente acción por exceder su marco, donde lo que se plantea es si resultan

arbitrarias, desproporcionadas e injustificadas las limitaciones impuestas por la prestadora de salud.

Cuestiona también la valoración segmentada y parcial que –entiende- realizan los juzgadores respecto de los hechos mencionados y acreditados por cada parte, sobre su estado de salud y las probabilidades o estadísticas de éxito del tratamiento indicado.

Plantea que si su derecho a acceder al tratamiento de fertilización asistida es proporcional a las probabilidades de éxito del mismo, por qué sería necesario ahondar en cuestiones médicas cuando la demandada, al denegarle la posibilidad de acceder al tratamiento, no lo hizo basado en cuestiones estrictamente médicas o de salud, sino en criterios obsoletos de exclusión normativa.

Arguye que resulta segmentado el análisis probatorio que realiza el *a quo*, puesto que nada expresa sobre los estudios médicos acompañados y no valora con la entidad convicta que realmente posee la opinión del médico especialista en fertilidad, quien previo indicar el tratamiento ha efectuado un riguroso análisis de los estudios realizados. Plantea que la APROSS no ha aportado ningún elemento para descalificar dicha opinión, más que la mera disconformidad con el diagnóstico médico.

Trae a colación los tratados internacionales con rango constitucional que consagra el derecho a constituir una familia (arts. VI, DADDH; 16, DUDH; 17, CADH, 10, PIDESC; 23 y 24, PIDCP) y postula que la normativa que resulta aplicable en el presente caso es la Ley n.º 26.862 y su Decreto Reglamentario n.º 956/13.

Agrega que por ser empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, no posee libertad para elegir otra obra social a la cual afiliarse resultando su vinculación con la APROSS de tipo obligatoria, circunstancia que la coloca en desventaja con el común de los ciudadanos que no son cautivos de una prestadora de salud que –a diferencia de otras- desconoce su derecho a acceder al tratamiento indicado.

Solicita se conceda el recurso de apelación y se revoque la sentencia impugnada en todos sus términos, con costas.

Realiza reserva del caso federal.

2. Por Auto número Quinientos ochenta y cinco de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis, la

Cámara actuante concedió el recurso de apelación y elevó los presentes a este Cuerpo (fs. 116/117vta.).

**3.** Recibidos éstos (f. 122) se corre traslado a la demandada, la que lo evacúa a fs. 124/129vta. solicitando el rechazo del recurso presentado.

Afirma que las obras sociales provinciales se rigen por su propia normativa (salvo que hayan adherido al Sistema Nacional) y como tal no soportan ningún tipo de control externo en lo relativo a la calidad de sus prestaciones.

Sostiene que la Ley nacional n.º 26.862 no es de aplicación directa a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que las invita a sancionar para el ámbito de sus exclusivas competencias las normas correspondientes (art. 10), lo cual deja en claro la voluntad del legislador.

Entiende que nada modifica la circunstancia que la referida ley haya sido sancionada con posterioridad a la normativa provincial n.º 9695 que incorpora a la ley del APROSS la cobertura de fertilización asistida, pues se trata de esferas diferentes y la provincia goza de autonomía en materia de salud.

Argumenta que no tiene obligación de conocer que CIGOR SA cuenta con un banco de gametos inscriptos en el ReFES por cuanto APROSS no cubre ni reconoce tratamientos con donación de gametos (ICSI), de modo que no contrató ni controló a dicha institución en lo referido a los procedimientos de donación y conservación.

Con relación a las cuestiones bioéticas y legales implicadas, señala que el fallo atacado no ha desconocido las nuevas regulaciones del Código Civil, sin embargo, dichas regulaciones no alcanzan ni dan solución en orden a los aspectos relacionados con la protección del embrión, los que, tal como lo ha considerado el *a quo*, serán objeto de una ley especial.

Finalmente, refiere a la limitada prueba ofrecida y la ausencia de informe médico actualizado que dé cuenta sobre la patología y la infertilidad de la actora, más que la sola indicación médica.

Solicita se rechace el recurso planteado con imposición de costas.

Realiza reserva de caso federal.

**4.** Con fecha 7 de junio de 2017 se dispone correr vista al Ministerio Público Fiscal (f. 130),

expidiéndose el señor Fiscal Adjunto mediante Dictamen n.º E-373 presentado con fecha 9 de junio de 2017 (fs. 131/134vta.), pronunciándose por el rechazo del recurso planteado.

5. Dictado el decreto de autos (f. 137), y firme éste (f. 140), se encuentra la causa en estado de ser resuelta.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **I. LA APELACIÓN**

El recurso de apelación ha sido deducido en tiempo oportuno, por quien se encuentra procesalmente legitimada al efecto, lo cual habilita a este Tribunal a analizar si concurren los demás requisitos para su procedencia.

#### **II. LA ACCIÓN DE AMPARO**

La parte actora interpone acción de amparo por ante la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de esta ciudad en contra de la APROSS, a efecto que ordene la cobertura integral (100%) del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ovodonación) con semen donante, medicamentos, estudios médicos relacionados y todos los gastos que demande el tratamiento, en la cantidad de intentos que sean necesarios –que las circunstancias y la ciencia médica lo aconseje– hasta lograr el efectivo embarazo. Solicita además, se declare en el caso la inconstitucionalidad de la Resolución n.º 178/09 de la APROSS (fs. 25/32).

Expone que tratándose de una mujer sin pareja, que presenta infertilidad primaria –con antecedente de falla ovárica precoz– su médico tratante le indicó a los fines de concebir un embarazo, la realización de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ovodonación) con semen donante.

#### **III. LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN RECURRIDA**

La Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, por unanimidad, entendió que no resulta reprochable por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta la negativa de la demandada de cubrir el tratamiento de reproducción humana asistida (TRHA) de alta complejidad (ovodonación) con semen donante (Sentencia n.º 257 del 22 de noviembre de 2016, fs. 95/106vta.).

Para así resolver consideró que el TRHA solicitado por la actora da lugar a una simetría parcial en el

hecho biológico y en la voluntad procreacional (inseminación heteróloga), en tanto involucra material genético externo a la actora, llevando ella misma la gestación.

Precisó que en las circunstancias particulares del caso no puede soslayarse que se encuentran implicadas cuestiones bioéticas y legales que carecen de reglamentación específica.

Puntualizó que el artículo 8 del Decreto n° 956/13 –reglamentario de la Ley n° 26.862- incluye cuestiones relativas al consentimiento del donante y la obligación de la inscripción en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de los institutos médicos donde funcionen los bancos de gametos, que no han sido invocadas ni acreditadas por la accionante.

Consideró también que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) contempla la filiación por TRHA, entre las que incluye la donación de gametos (arts. 560 y ss.), la ley especial destinada a regular los aspectos relacionados con la protección del embrión no se encuentra aún aprobada por el Congreso de la Nación.

Agregó que a ello se suma que la parte actora no ha producido prueba suficiente para acreditar los extremos fundantes de su acción.

Respecto al criterio etario fijado en la Resolución n.º 178/09 de la APROSS, señaló que en modo alguno puede ser descalificado por arbitrario o discriminatorio, sino que expresa con la mayor objetividad legal un criterio médico, justificado por las probabilidades de éxito y riesgos que se pudieran derivar de la fertilización asistida, las que disminuyen con relación a la edad de la mujer a partir de los 37 años.

Determinó que la reglamentación cuestionada no fija un criterio de exclusión *ad limine*, sino que debe estar respaldado por un pronóstico fundado en las concretas circunstancias personales de quien pide el tratamiento, encontrándose ausente en las presentes actuaciones un dato esencial, cual es la necesidad de contar con un juicio médico que contenga un pronóstico sobre las posibilidades de éxito y los riesgos que la prestación requerida pueda tener sobre el caso particular y concreto de la actora, atendiendo a su edad.

Reflexionó que en el presente caso se encuentra en juego la situación de la madre, cuanto el interés

superior del niño por nacer, y que no se trata sólo de un criterio legal, sino también un criterio biológico, médico, científico, ético y moral.

Apuntó que el pronóstico de viabilidad del embarazo, es decir, la capacidad de la madre para alcanzar el embarazo y los riesgos inherentes a sus condiciones personales y a las del niño por nacer, no ha sido justificado en este proceso judicial.

Postuló que el rango etario contemplado en la reglamentación permite dar un tratamiento de excepción, en la medida que se compruebe en cada caso particular las posibilidades de alcanzar el embarazo, como así también, descartar los riesgos tanto para la madre cuanto para el niño por nacer, datos que se encuentran ausentes en esta acción de amparo.

En virtud de dichas consideraciones, concluyó que la demandada no ha incurrido en discriminación o arbitrariedad manifiesta, pues su actuación tuvo sustento en conceptos médicos científicos que la actora no ha logrado revertir con prueba conducente.

Finalmente indicó que el derecho a la salud reproductiva de la amparista debe ser compatibilizado con el derecho del universo de afiliados del APROSS, en cuanto el sistema se basa en la distribución solidaria y equitativa de recursos escasos, de modo que no debe confundirse el derecho a la salud reproductiva o el derecho a procrear y formar una familia –que cuenta con amplio reconocimiento constitucional y legal- con la obligación en cabeza de un tercero de solventar el tratamiento necesario a tal fin, marco en el cual deben sopesarse los parámetros de inclusión previstos en la norma reglamentaria para acceder a la cobertura requerida.

#### **IV. EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL**

Tal como lo ha señalado la Cámara *a quo* en la resolución recurrida, en la presente causa se encuentran involucrados por un lado, el deseo de la actora de procrear y de formar una familia, anhelos que forman parte de su derecho a la salud reproductiva, y por otro, la obligación, o no, de la obra social demandada de otorgar la cobertura integral del tratamiento requerido.

Como primera medida, en cuanto la parte actora invoca un estado de infertilidad primaria que

menoscaba su derecho a la salud reproductiva, los extremos aludidos nos llevan a considerar, del mismo modo que lo ha hecho la sentencia recurrida, el derecho a la salud como un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales (arts. VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, incs. 1 y 2, ap. “d”, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 4, incs. 1, 5, 19 y 26, Convención Americana de Derechos Humanos); el que ostenta jerarquía constitucional conforme lo normado por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Con idéntica sintonía, la Constitución de Córdoba establece que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social (art. 59 *ib.*).

Así, más allá de su reconocimiento expreso, el derecho a la salud constituye un *sustratum* indispensable para el ejercicio de otros derechos, en tanto es una precondition para la realización de los valores en la vida y de los proyectos personales, y todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible que le permita vivir dignamente (Comité de Derechos Económicos y Sociales, Observación General n° 14, año 2000).

Por su parte, tanto el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud -adoptada por la Conferencia Internacional celebrada en Nueva York firmada el 22 de julio de 1946- como el Protocolo adicional a la CADH (art. 10) –aprobado por la Ley n° 24.658-, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), establecen que toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

De todo ello surge que el derecho a la salud -imprescindible para el desarrollo humano-, se vincula directamente con la dignidad de la persona y con el derecho constitucional a formar una familia (cfr. arts. 16.1 y 16.3, DUDH; 23.2, PIDCyP, entre otros).

Por su parte, tal como lo ha sostenido la máxima instancia judicial en la región (CIDH) en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (Sentencia del 28/11/2012), dentro del derecho constitucional



a formar una familia se encuentra el derecho a la salud reproductiva (art. 16, ap. “e”, CEDAW) cuya protección conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, pues se trata de un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede desconocer aunque las circunstancias sean extremas.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado expresamente que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia, apuntando que el derecho a la vida privada se relaciona con: 1) la autonomía reproductiva y 2) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Bajo dicha protección, se destacó que tal derecho resulta vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad, pues la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Igualmente se puso de resalto, respecto al derecho de beneficiarse del desarrollo y del progreso científico, que “[d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona”[1].

Asimismo, con fundamento en lo dispuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuanto declaró que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas” (Resolución nº 3384 del 10/11/1975).

El derecho a beneficiarse de los progresos científicos ha sido puesto de resalto en varios precedentes jurisprudenciales en los que se han hecho lugar a los pedidos de cobertura médica[2].

En tal sentido, la doctrina ha ponderado que los TRHA son un modo o una vía cada vez de mayor

presencia para que las personas puedan formar una familia, sirviendo como medio para efectivizar el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia[3].

## **V. ANÁLISIS**

Ubicados en este contexto constitucional y convencional, cabe señalar que el tribunal *a quo* ha justipreciado adecuadamente el andamiaje normativo y convencional, nacional y local vigente, dentro del cual la institución demandada debe desenvolverse y a cuya luz corresponde sea valorada la regularidad de su actuación, pues, más allá de la organización de nuestro Estado federal -en donde coexisten las obras sociales nacionales con las provinciales- la integralidad del ordenamiento jurídico vigente en nuestro Estado de Derecho, en cuanto regula las prioridades básicas que deben ser cubiertas por los poderes públicos del Estado, trasciende los límites jurisdiccionales dispuestos en nuestra organización federal.

En tal sentido, en la resolución recurrida se han considerado expresamente las disposiciones contenidas en la Ley n.º 26.862, en cuanto postula con amplitud el acceso a la cobertura de los TRHA, y lo previsto en la Ley n.º 9695, que incluye dentro del menú prestacional de la APROSS las prácticas en cuestión (art. 12, inc. “n”, Ley n.º 9277), como así también las reglamentaciones vigentes tendientes a hacer operativos los derechos allí consagrados, el Decreto n.º 956/13 y la Resolución n.º 178/09, respectivamente.

No obstante ello, de los fundamentos brindados por el *a quo* se advierten consideraciones que permitirían inferir que el tribunal de juico, a efectos de proveerse de los elementos de convicción necesarios para brindar una respuesta jurisdiccional acorde con los derechos controvertidos en las presentes actuaciones, no ha ejercido sus poderes de conocimiento por encima de las meras afirmaciones de las partes.

Al respecto, surge que uno de los argumentos brindados, en los que se ha basado el rechazo de la acción de amparo, se ha referido a las cuestiones bioéticas y legales que se encontrarían implicadas en

el tratamiento requerido -inseminación heteróloga, que comprende la utilización del material genético de un tercero- y en su falta de reglamentación.

En relación a ello, cabe destacar que la sanción de la Ley n.º 26.862 y el nuevo Código Civil de la Nación, en cuanto trata a los TRHA como un tercer tipo filial, regulándolos a la par de las causas fuentes filiales ya existentes (por naturaleza y la adoptiva), ha superado los posibles cuestionamientos bioéticos y legales que puedan plantearse en torno al material genético que se utiliza para el procedimiento médico, en cuanto, la fertilización heteróloga está expresamente permitida en el derecho nacional (arts. 2 y 8, Ley n.º 26.862 y arts. 560 a 562, CC)[4], con sólidos fundamentos constitucionales y convencionales.

La doctrina ha reflexionado que el reconocimiento de la libertad de las personas para adoptar las decisiones que afectan su salud, su integridad física o su bienestar ha sido uno de los factores que más ha contribuido al aumento del número de normas jurídicas relativas a temas de la vida (bio). Esta valoración de la libertad individual también ha cambiado el punto central de la construcción de la bioética, que en sus comienzos había sido utilizada como un instrumento para uso del profesional que debe adoptar decisiones; y en la actualidad sirve a cada persona implicada en ese proceso[5]. En tal contexto, las transformaciones que ha experimentado el derecho de familia a la luz de los TRHA deberán ser analizadas desde el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos a los fines de dar respuesta a los conflictos que se suscitan en una sociedad plural y democrática en la que se ha ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares[6].

Por su parte, la complejidad jurídica propia que traen consigo los TRHA heterólogos determina la necesidad de contar con previsiones tendientes a regular, limitar y proteger la utilización de los gametos o embriones de terceros ajenos al proyecto parental; a esos fines el artículo 8 del Decreto n.º 956/13 (reglamentario de la Ley n.º 26.862) establece que *“En caso en que la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, éstos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y*

*Calidad en Servicios de Salud, dependientes del Ministerio de Salud” (párrafo séptimo).*

Asimismo, regula la posibilidad fáctica de que la donación se haya efectuado en un centro autorizado diferente al establecimiento en el que se realiza el TRHA, en tanto, no siempre los centros de salud especializados tienen, a la vez, bancos de gametos y/o embriones, estableciendo para estos supuestos que *“el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante”* (párrafo octavo).

En relación a ello, la resolución recurrida ponderó que en autos no se ha invocado, y menos aún se ha acreditado, lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto n.º 956/13 en cuanto regula *“cuestiones relativas al consentimiento del donante”*, y la efectiva habilitación del establecimiento sanitario en el que la actora busca llevar a cabo los procedimientos y las técnicas de reproducción asistida, mediante su inscripción en el ReFES (cfr. considerando 11, f. 101).

No obstante ello, cotejadas las constancias que integran los presentes obrados con el listado de Establecimientos de Salud con Fertilización Asistida inscripto en el ReFES (Ministerio de Salud de la Nación, Resolución n.º 1070/2009), publicado a través del Sistema Integrado de Información Sanitaria Argentina del Ministerio de Salud de la Nación[7], surge que la institución médica en la cual la actora se ha realizado los estudios que concluyeron en el diagnóstico de infertilidad primaria invocado y en donde se realizaría el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad solicitado, se encuentra efectivamente inscripta para llevar adelante el procedimiento médico indicado y cuenta con un banco de gametos.

Esta última cuestión -es decir que el establecimiento donde busca realizar el TRHA cuente con un banco de gametos- merece ser considerada con especial detenimiento en tanto se mencionó, entre los extremos que habrían sido soslayados en las presentes actuaciones, la falta de acreditación de la cuestión relativa al consentimiento del donante, cuando de la lectura integral del cuerpo normativo invocado surge que dicha circunstancia se encuentra especialmente regulada para los supuestos en los que el TRHA sea llevado a cabo en un centro médico diferente al establecimiento en el que se realiza

aquél, supuesto que –en principio- resultaría extraño al planteado en las presentes actuaciones.

Asimismo, respecto a la falta de reglamentación alegada, cabe recordar que la CSJN tiene dicho que la labor de la judicatura en tales supuestos constituye un deber antes que una facultad, pues las garantías individuales existen y protegen a los individuos aun sin ley que las reglamente, correspondiendo a los jueces aplicarlas en la plenitud de sus sentidos, sin alterar o debilitar la expresa significación de su texto[8].

Por otra parte, en relación a las normas de inclusión establecidas por el Directorio de la APROSS a través de la Resolución n.º 178/09, fundadas en el criterio etario, cabe destacar que la decisión recurrida ha interpretado que en modo alguno puede ser descalificado por arbitrario o discriminatorio sino que expresa con la mayor objetividad legal un criterio médico, justificado por las probabilidades de éxito y riesgos que se pudieran derivar de la fertilización asistida.

En tal sentido ha considerado que en la sistemática de la reglamentación cuestionada, el rango etario no debe ser asumido como un límite absoluto e infranqueable toda vez que permite dar un tratamiento de excepción, en la medida que se comprueben en cada caso particular las posibilidades de alcanzar el embarazo sin riesgo para la madre como para el niño por nacer.

Tal criterio le sirvió de fundamento para el rechazo de la acción, aun con la ausencia total de un pronóstico médico que determine la capacidad de la actora para alcanzar o no el embarazo deseado, como así también sus posibles riesgos, complicaciones o resultados adversos que pudiera originar el embarazo respecto de la salud de la actora y del potencial niño por nacer; ello sin impulsar la generación de prueba que le permita arrimar elementos de convicción en tal sentido, a los fines de fundamentar la resolución de marras en constancias concretas generadas con la tramitación del caso de autos, evitando así el posible efecto discriminatorio que podría derivar de la aplicación imparcial de una ley que no tome en consideración las circunstancias particulares del sujeto destinatario de la misma[9], más allá de la capacidad o idoneidad argumental y probatoria de la presentación inicial. La deficiencia probatoria advertida en autos adquiere mayor relevancia si se considera que en su fundamentación el *a quo* ha precisado que el “*juicio médico que contenga un pronóstico sobre las*

*posibilidades de éxito y los riesgos de la pretensión requerida puedan tener sobre el caso particular y concreto de la actora, atendiendo su edad”* constituía un dato esencial para resolver en sentido favorable a la pretensión discutida (considerando 9, f. 103 vta.), en tanto ha evaluado que la edad requerida no se encuentra reglamentada como un criterio de exclusión *in limine* sino que debe estar respaldado por un informe justificado en las concretas circunstancias personales de quien pide el tratamiento.

El repaso de los argumentos esgrimidos en la resolución recurrida nos permite considerar, con arreglo al denominado método de inclusión mental hipotético, que la existencia de un informe médico que contenga un diagnóstico favorable sobre el estado clínico general de la actora y las probabilidades de éxito y riesgos posibles para la vida de la madre y del niño por nacer, de llevarse adelante el tratamiento solicitado, podría haber alterado el resultado de lo decidido en la resolución cuestionada. Con más razón cuando, entre los fundamentos expuestos en la misma, se ha afirmado que frente a la edad avanzada de la amparista *“es claro que la técnica de fertilización heteróloga requerida en la especie, atento el factor ovárico y su condición de mujer soltera y sin pareja, es la médica y científicamente recomendada”* (considerando 13, f. 105).

Por último, cabe considerar la particular situación jurídica en la que se hallaría la actora, dado que no recibiría la cobertura correspondiente al TRHA de alta complejidad requerido debido a que la reglamentación vigente de la obra social a la que se encuentra afiliada excluye expresamente dicha prestación. Pero, a la vez, tampoco estaría en condiciones de acceder a los TRHA brindados a través de la Red de Establecimientos Públicos de Reproducción Médicamente Asistida[10], en cuanto los mismos están destinados a garantizar la cobertura integral de los TRHA normados por la Ley n.º 26.862, tanto de baja como de alta complejidad, para la población que no cuente con cobertura de una obra social. Lo señalado llevaría al sin sentido de permitir que una afiliada obligatoria, a la que se le descuenta mensualmente los aportes correspondientes a la obra social se encuentre en condiciones desventajosas respecto a aquellas personas que no aportan a ninguna prestadora de salud.

En función de lo hasta ahora señalado, no podemos dejar de valorar el estado de alta vulnerabilidad en

que se encuentra la amparista en su carácter de paciente de salud, de consumidor (frente a su obra social) a lo que podríamos agregar la de su incapacidad para poder engendrar. Ello nos obliga, en función de los nuevos parámetros señalados en materia de salud y de protección de los derechos humanos consagrados por el Código Civil y Comercial de la Nación, a flexibilizar las formas procedimentales y a realzar la figura del Tribunal como director del proceso, en aras de lograr una justicia más cercana a solucionar los problemas del justiciable cuando se encuentra en juego el derecho humano a la salud, entendido no como ausencia de enfermedad sino como el poder obtener el más alto nivel de bienestar personal.

Si bien el magistrado en casos como el presente, encuentra limitadas sus funciones en el poder dispositivo de las partes, en los últimos tiempos se ha erigido jurisprudencial, constitucional y convencionalmente la figura del juez como director del proceso. Ahora bien, “...la constitucionalización del derecho privado ha modificado esta carencia pues ahora se cuenta con un punto legal de apoyo en lo atinente a esta atribución del magistrado de ser ‘el director del proceso’ dotado de poder suficiente para encauzarlo dentro de la pertinencia y corrección (...) Una clara directiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo dispone sosteniendo que ‘...los jueces como rectores del proceso tienen el DEBER de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos ‘Gutiérrez y familia c/ Argentina’ - Sentencia del 25/11/2013 – N° 99 y sus citas). El obligado control de constitucionalidad y convencionalidad de todos los actos jurisdiccionales nos lleva a la aplicación inmediata de las directivas de la Corte Internacional. No solo que existe una autorización expresa para flexibilizar el principio dispositivo, sino que la directiva constitucional la erige en un ‘deber’ para el Juez de velar oficiosamente por la corrección del proceso en orden a preservar la justicia. Y esto iría más allá del trámite mismo, facultando al Magistrado para ordenar todas las medidas que entienda conducentes para la búsqueda de la verdad real y con el único límite de preservar el debido contradictorio...”[11].

Esto nos lleva a pensar que las nuevas directivas del CCC consagran la flexibilización del principio

dispositivo, la que sin duda deberá ser acompañada indefectiblemente por la de las formas, ya antes autorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[12] en orden a poder conocer la verdad real sin limitaciones rituales. Así las cosas, no debemos dudar que la nueva normativa de fondo otorga un aumento del poder del Juez, quien ya no necesita -en determinados casos- la instancia de parte para actuar, lo que lo convierte sin dudas en un juez activo.

Se ha dicho en materia de proceso civil, plenamente aplicable al amparo de autos: *“Las eventuales omisiones de los asistentes técnicos de las partes pueden válidamente ser sustituidas por el propio Magistrado, quien no debe resignarse a dejar que la justicia no se concrete por el solo hecho de no habersele pedido la medida adecuada para alcanzarla. Su nuevo rol activo le impone involucrarse en el caso, adoptando todas las acciones necesarias para lograr la paz social en el caso concreto. La facultad de las actuaciones oficiosas ha arribado al proceso civil para quedarse definitivamente...”* [13].

Como corolario de lo expuesto, y sin perjuicio de la omisión de las partes, teniendo en cuenta la naturaleza constitucional de la acción y los valores en juego, es que consideramos que el juez de grado debe erigirse en verdadero director del proceso a los fines de paliar las insuficiencias que han sido recaladas al resolver. Para ello debe ordenarse el reenvío de las presentes actuaciones a la Cámara Contencioso-administrativa de Primera Nominación para que sustancie la pretensión incoada en autos, teniendo en cuenta los extremos ponderados en el presente resolutorio.

## **VI. COSTAS**

En función de las particularidades que rodean el presente juicio y la complejidad de la materia debatida, se estima equitativo imponer las costas por su orden (art. 130 CPCC por remisión del art. 13 de la Ley n° 7182, aplicable en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la Ley n° 4915).

Por ello,

### **RESUELVE:**

**I.** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia número Doscientos cincuenta y siete dictada por la Cámara Contencioso-administrativa de Segunda Nominación con



fecha veintidós de noviembre de dos mil dieciséis.

**II.** Disponer el reenvío de la causa a la Cámara Contencioso-administrativa de Primera Nominación para que sustancie la acción pendiente, teniendo en cuenta los extremos ponderados en el presente resolutorio.

**III.** Imponer las costas por el orden causado.

Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.

---

[1] CIDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, Sentencia de fecha 28/11/2012, párrafo 150.

[2] Cfr. Cám. Fed. de Apel. de San Martín, Sala I, “G. Y. S. c. OSDE”, 11/11/2014; Trib. Crim. n.º 4 de La Plata, “N.,V.A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA)”, 18/6/2014; Cám. Fed. de Córdoba, Sala A, “B. G. y otro c. OSPE – OMINT SA”, 30/8/2013; Cám. Nac. Apel. Civil y Com. Federal, Sala II, “B., E. N. c. OSDE s/amparo”, 26/3/2013; entre muchos otros.

[3] Cfr. CIDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, Sentencia de fecha 28/11/2012, párrafo 77.

[4] Cfr. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador D.; Flah, Lily R.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; Wierzba, Sandra M.; *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Thomson Reuters La Ley, Bs. As. 2015, volumen: u, Cap. VIII, p. 306.

[5] Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída; “La bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, LL 2014-F, 1075.

[6] Cfr. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; ob. cit., p. 308/309.

[7] Cfr.: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/listado-estab.fert\\_.asistida-26-10-2017.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/listado-estab.fert_.asistida-26-10-2017.pdf), entrada del 2/11/2017.

[8] Cfr. CSJN, Fallos 239:459 y 241:291.

[9] Cfr. Comité sobre las personas con Discapacidad, Comunicación n.º 3/2011, caso ‘H. M. vs. Suecia’, CRPD/C/7/D/3/2011, 19/4/2012.

[10] Creado mediante Resolución n° 1831-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación.

[11] Aranda, Rafael; “Los principios procesales ante el Código civil y Comercial de la Nación” en *Impactos Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Advocatus, Córdoba, 2017, pp. 79/81.

[12] Cfr. CSJN, Fallos 238:550.

[13] Aranda, Rafael; “Los principios procesales ante el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Impactos Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Advocatus, Córdoba, ob. cit.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ZALAZAR, Claudia Elizabeth  
VOCAL DE CAMARA