**Fallo:**

En la ciudad de Mendoza, a los dieciocho días del mes de septiembre del año dos mil trece, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, los Srs. Jueces titulares de la misma Drs. Adolfo Mariano Rodríguez Saá, Oscar Martínez Ferreyra y Beatriz Moureu y trajeron a deliberación para resolver en definitiva la causa Nº 221.605/50.235, caratulada “L.,E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMAPARO”, originaria del Vigésimo Juzgado en el Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recursos de apelación interpuesto a fs. 180/189 por la parte actora contra la sentencia dictada a fs. 162/172.

Llegados los autos al Tribunal y corrido traslado de la fundamentación del recurso, a fs. 198/212 se contesta el mismo, quedando los autos en estado de dictar sentencia a fs. 226.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de votación: Drs. Rodríguez Saá, Martínez Ferreyra y Moureu.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTION: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR.RODRIGUEZ SAA DIJO:

I.- Que en la sentencia dictada en primera instancia, luego de hacerse referencia al ámbito de la acción de amparo y de sus requisitos de procedencia, se analiza si la negativa por parte de la Obras Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.) de brindar a los amparistas la cobertura el 100% y en forma ilimitada, por parte de efectores externos a la obra social, el tratamiento de fertilización asistida por el método ICSI con el estudio genético preimplantacional de los embriones resulta manifiestamente arbitrario o ilegal.

Destacándose la relación contractual existente entre las partes, se señalan las Resoluciones dictadas desde el año 1995 por O.S.E.P. en materia de fecundación asistida, hasta llegarse a la Resolución N° 157/13 mediante la cual se mantienen las técnicas de fecundación asistida de baja complejidad (Resolución 1634/09) y se incluye la técnica de alta complejidad ICSI. Se recuerda que este marco contractual está regido también por normas que se da entre las partes está regido además por normas nacionales y provinciales que le imponen a las obras sociales y de medicinas prepagas una serie coberturas mínimas a las que deben hacer frente, como así también por los tratados y concordatos internacionales , los que se individualizan.

No se discute en el fallo que el derecho a la salud es un derecho que está consagrado tanto en nuestra constitución como en los pactos internacionales, las leyes nacionales y locales ni tampoco que la infertilidad está considerada como una enfermedad, habiéndolo así entendido incluso la parte demandada en las diversas resoluciones dictadas a fin de cubrir y palear la esterilidad.Se recuerda y sostiene que los tratados internacionales con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vida, la salud, la protección de la familia y del hombre desde el momento de la concepción y se destaca que tiempo de interponer la presente acción, no existía disposición alguna acordada contractualmente por las partes o contenida en la constitución o las leyes nacionales o provinciales, que pusiese a cargo de la demandada la obligación de cubrir en forma ilimitada y en la ciudad de Buenos Aires el tratamiento de fertilización asistida por el método ICSI con PGD.

Expresadas estas consideraciones, se indican las diversas posturas seguidas por la jurisprudencia sobre la procedencia o no del amparo para como vía apta para lograr la obtención de tratamientos de fertilización asistida, destacando la Sra. juez de primera instancia que en ninguno de los casos citados se daban las mismas circunstancias que se presentan en esta causa, donde además del método de fertilización ICSI en forma ilimitada los amparistas solicitan en forma expresa el estudio genético preimplantacional de los embriones, entendiendo que precisamente por incluirse en la pretensión este estudio genético preimplantacional la negativa de la demandada a realizarlo no resulta notoriamente arbitraria o ilegítima, pues nuestro ordenamiento jurídico protege la vida desde el momento de la concepción, no resultando por otra parte para la magistrada interviniente un tema menor el elevado costo del tratamiento.

Con tales argumentos se rechaza la acción de amparo promovida.

La sentencia es apelada por los actores quienes al fundar su recurso, y luego de referirse a los antecedentes del caso, señalan que se agravian en cuanto en la sentencia dictada se consideró que el hecho que la demandada no preste cobertura a la prestación de fertilización asistida mediante el método ICSI con PGD no resulta notoriamente ilegal o arbitrario a los fines de habilitar la vía del amparo.

Afirman los recurrentes que en nada se diferencia el tratamiento solicitado FIV por técnica ICSI con PGD de otro tratamiento de altacomplejidad sin este estudio genético previo en relación a los embriones, pues en cualquier tratamiento de fertilización asistida existe una selección de embriones para la implantación en el útero materno, implantándose solo aquellos que poseen mayor viabilidad, criopreservándose los otros ante la ausencia de legislación específica.

Sobre este tema, agregan que además los embriones que presentan cromosomopatías solo dejan de dividirse por selección natural por la cantidad de material genético que poseen, lo cual implican que sean incompatibles con la vida humana.

Continúan diciendo que la negativa de la cobertura solicitada a la demandada implica una abierta violación a los derechos consagrados constitucional y convencionalmente y que los jueces están obligados a proteger, además de tener un rango superior a cualquier normativa local. Citan jurisprudencia sobre el reconocimiento de las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y de la protección de la vida.

En segundo lugar, cuestionan la consideración económica valorada por el Inferior, afirmando que la escases de recursos y el desbalance económico que pudiere traerle aparejado a la demandada no se ha probado en esta causa.

A fs. 198/212 contesta el recurso la Obra Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.) quien, por las razones allí expuestas pide su rechazo.

II.- Que este tribunal se ha pronunciado ya sobre la procedencia de la acción de amparo en los casos en que se pide la cobertura de prestaciones de fertilización asistida, incluidos supuestos en los que se requería la implementación del método ICSI. Es así como se admitió la procedencia de esta vía en casos N° 14.443/185.313, caratulado “FUNES, SILVIA ANAHÍ C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS (OSEP) P7 ACCION DE AMPARO” (05/03/2013); 14.408/117.853, caratulado “BERRIDY, MAXIMILIANO ANDRÉS Y OT.C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS (OSEP) p/ Acción de Amparo” (20/03/2013); N° 5.244/14.515, caratulado “MÉNDEZ, ANDREA LETICIA C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS (OSEP) P/ ACCIÓN DE AMPARO” (19/04/2013) y N° 87.564/50043 “CASTILLO NESTOR JAVIER Y OTS C OMINT SA P/ ACCION DE AMPARO ” (30/05/2013), remitiéndome en general a los fundamentos dados en los mismos en honor a la brevedad.

En dichas causas, por otra parte, se reconoció en forma plena el derecho a la salud y se consideró que la infertilidad constituía una enfermedad que daba derecho a solicitar tanto a las obras sociales como a las empresas de medicina prepaga la cobertura necesaria para hacer efectivo el derecho a la procreación.

Frente a estos pronunciamientos no resulta necesario entrar a considerar nuevamente estos temas, los que por otra parte han sido objeto de tratamiento y de resoluciones favorables en números fallos judiciales.

Sin embargo, y como correctamente lo señala la Sra.juez a-quo, el presente caso presenta una especial particularidad como es que no solo se pide la implementación del método de fertilización ICSI en forma ilimitada sino que además los amparistas solicitan en forma expresa el estudio genético preimplantacional de los embriones (el subrayado me pertenece), cuestión que lleva necesariamente a relacionar este tema con la determinación del comienzo de la vida humana y, consecuentemente, con las numerosas dudas que quedan sin resolver al analizar el destino de los embriones que en definitiva no se implanten.

Precisamente el destino de los embriones no implantados y la consideración del principio básico señalado en la sentencia por la juez de primera instancia de que nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, es lo que determinó que se considerara que en el caso particular que se analiza la negativa de la parte demandada a brindar la prestación en la forma solicitada no pudiera ser calificada como manifiestamente arbitraria o ilegal.

Si bien los actores al fundar su recurso afirma que la negativa de la cobertura solicitada implica una abierta violación a los derechos consagrados constitucional y convencionalmente y que los jueces están obligados a proteger, además de tener un rango superior a cualquier normativa local, tal afirmación resulta incorrecta pues constituye una mera manifestación genérica que se limita a contemplar exclusivamente el derecho de los accionantes a lograr la concepción prescindiendo de considerar que el ejercicio de este derecho al igual que el de tener la posibilidad de realizar en forma plena su proyecto de vida, no pueden ser reclamados en su ejercicio en forma absoluta a costa de violar el derecho a la vida que tiene un rango superior.

Llegado a este punto, no solo debo reiterar una vez más que le asiste razón a la Sra.juez a-quo al afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y protege el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, sino que debo rec ordar que no solamente se lo hace mediante la leyes 23.849, a la cual adhiere por ley 5919 la Provincia de Mendoza como se indica en el fallo apelado, sino que además así lo dispone el art. 4, inc. 1°, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), al determinar en tal sentido 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”.

Por aplicación de lo dicho, si bien debe aceptarse que es obligación de los jueces proteger los derechos consagrados constitucional y convencionalmente, también debe aceptarse que en el caso en examen no existe ninguna norma contractual ni legal que obligue a la demandada a incluir en la cobertura integral de la prestación de fertilización asistida por técnica ICSI la realización del diagnóstico genético preimplantacional (PGD), pues con ello se afecta el derecho a la vida.

La inexistencia de norma convencionales surge de la documentación agregada a la causa de la causa y de la falta de citas concretas por los actores, debiendo destacarse que por el contrario no se incluye el tratamiento pretendido en leyes posteriores al dictado de la sentencia apelada, como la ley 26.862 y su decreto reglamentario, a pesar de que en la primera se señala que resulta necesaria la urgente adopción de las medidas que permitan revertir las exclusiones, distorsiones e inequidades existentes.

En este estado, y antes de proseguir con el análisis del recurso, resulta conveniente señalar que básicamente (<http://www.cegyr.com/esp/fiv_icsi.php>) en las técnicas las técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad se realizan en aquellas parejas donde existe una clara indicación:obstrucción tubaria bilateral, factor masculino severo (la calidad espermática no es apta para realizar otro tipo de técnicas), endometriosis y esterilidad sin causa aparente para mencionar algunas y también en aquellas parejas en las cuales las técnicas de baja complejidad anteriores no hayan sido exitosas. Para su realización se administran medicamentos que tienen por finalidad poner a los ovarios bajo control de tal manera de obtener la mejor respuesta posible a la estimulación. Esta estimulación consiste en administrar medicación inyectable para que los ovarios produzcan varios óvulos maduros en lugar de uno solo, situación que ocurre espontáneamente en cada ciclo. Durante la etapa de estimulación se realiza un estricto control o monitoreo de la respuesta a la medicación con ecografía y análisis de sangre.

A través del monitoreo realizado en la etapa anterior se establece el momento exacto para extraer a los óvulos y dicha aspiración se realiza por vía vaginal bajo control ecográfico en quirófano con anestesia general o local, siendo el procedimiento ambulatorio. Luego de realizada la aspiración folicular y obtenidos los ovocitos, se prepara la muestra del varón adecuadamente y se separan los espermatozoides que se van a utilizar para realiza para el procedimiento.Luego, las gametas femeninas y masculinas se co-incuban para permitir la fertilización y finalmente obtener los embriones que van a ser transferidos.

En definitiva, durante la técnica de FIV se “mejoran” las condiciones iniciales de las gametas y el lugar de encuentro, ya que se realiza en una pequeña cápsula de cultivo en lugar de lo que sucedería naturalmente en el tracto reproductor femenino

El ICSI se basa en los mismos conceptos que la técnica de FIV, excepto que se asiste el ingreso de un único espermatozoide con ayuda de un micromanipulador, en cada uno de los ovocitos que la pareja haya obtenido, por lo que ni en el FIV ni en el ICSI en ningún momento se seleccionan y/o descartan embriones.

En cambio (<http://es.wikipedia.org/wiki/Diagn%C3%B3stico_gen%C3%A9tico_preimplantacional>), el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) es el estudio del ADN de embriones humanos para seleccionar los que cumplen determinadas características y/o eliminar los que portan algún tipo de defecto congénito. De dichos embriones se extraen biopsias celulares cuyo tamaño puede variar según el número de días de desarrollo.Se realiza en tratamientos de fecundación in vitro, antes de implantar los preembriones humanos en el útero.

Dentro del concepto del diagnóstico genético preimplantacional debemos distinguir dos conceptos importantes.PGD (reimplantational genetic diagnosis) que es el diagnóstico del genotipo del embrión respecto a la presencia o no del alelo causante de una enfermedad o de la alteración cromosómica que llevan los progenitores y PGS (preimplantational genetic screening) que es la selección de los embriones cromosómicamente normales de una cohorte en la que se sospecha que está elevada por encima de lo normal la proporción de embriones cromosómicamente anormales.

Dado el contenido de la pretensión ejercida en esta causa me referiré solamente al concepto de PGD.

Es el diagnóstico del genotipo del embrión respecto a la presencia o no del alelo causante de una enfermedad o de la alteración cromosómica que llevan los progenitores y permite seleccionar un embrión sano o no portador antes de ser transferido al útero. Se trata de una alternativa al diagnóstico prenatal en parejas que no desean interrumpir el embarazo por motivos éticos o psicológicos.

También en este caso, La mujer debe someterse a un tratamiento hormonal para estimular la ovulación. A continuación los óvulos se extraen a través de la vagina mediante anestesia, del varón se recoge una muestra de semen y en el laboratorio se realiza la fecundación de los óvulos.

Mediante un análisis de las células del embrión cultivadas, se evalúa la constitución de los La célula para el análisis se suele obtener de un embrión humano de 8 células, ya que éste es el momento antes de que sea demasiado delicado y las células empiecen a diferenciarse (algo más de un día tras la fecundación). Después de hacer un pequeño orificio sobre la membrana en fase de embrión, con una pipeta se elige una de las células, que es aspirada para su posterior análisis. Cuando un embrión humano es defectuoso genéticamente, la pareja puede donarlo para investigación o simplemente desecharlo.

Después de unos dos días se realiza la transferencia al útero de los embriones afortunados.Si existen embriones sobrantes y no son defectuosos, se congelan para otro ciclo, por si en este no se consigue un embarazo.

Cabe aclarar que ni el PGD ni el PGS corrigen problemas o la calidad embrionaria. Se tratan de un paso más de selección embrionaria, por lo que supondrán una reducción en el rendimiento del ciclo de reproducción asistida.

Se ha señalado que uno de los fines del diagnóstico genético preimplantatorio es el deseo de evitar el nacimiento de niños con enfermedades genéticas como la hemofilia y algunos tipos de cáncer, además de enfermedades cromosómicas como el síndrome de Down o la fibrosis quística simplemente seleccionando embriones en cuyo genotipo se haya comprobado que no portan la mutación correspondiente.

Además de ayudar a la reproducción en ciertos casos, en otros permite elegir las características del bebe, se puede ayudar a un hermano como donante y los otros embriones que no cumplan con esta función se congelan o donan a otras parejas que no pueden tener hijos, etc.

Como se puede observar, la utilización del diagnóstico genético preimplantacional se centra en una selección de embriones que necesariamente lleva a una serie de cuestiones de tipo científico, jurídico, moral, religioso, etc.que no pueden ni por asomo ser tratadas dentro del estrecho marco de conocimiento de la acción de amparo, a la par que el debate sobre cada una de ellas resulta fascinante y requiere de una serie de elementos de prueba que tampoco se pueden producir en este tipo de proceso, y que obviamente no se han realizado en esta causa.

Como ejemplo, basta señalar que resulta polémico si es legítima la utilización de la persona como un medio para conseguir un fin, ya sea la felicidad de los padres o la cura de un hermano; cual es el destino que se dará a los embriones desechados por portar defectos genéticos; que está discutida la ética de permitir que se desarrolle un embrión portador de una discapacidad o enfermedad catastrófica, así como la de deshacerse de los minusválidos, etc.

Para llevar al caso estas dudas, basta tener presente que a fs. 135 y vta. la Dra. Aida Inés Pinto Arias afirmó que por la patología del actor sería conveniente biopsiar al menos quince embriones, por lo que se patentiza la duda del destino que se le dará a los que no se implanten.

Tampoco en esta causa se prueba cuales son las posibilidades ciertas de criopreservar los embriones no utilizados, resultando inaceptable que al fundarse el recurso se manifieste que los embriones que presenten cromosomopatías solos dejan de dividirse por selección natural por la cantidad de material genético que poseen, lo cual implica que sean incompatibles con la vida humana. De ello pareciera surgir que los embriones con defectos directamente serían abandonados al destino natural de toda vida que no tiene la más mínima asistencia tendiente a su protección.

Estas y muchas dudas más quedan sin respuesta en esta causa, y por la importancia y cantidad de las mismas no hace otra cosa que confirmar el acierto del criterio central seguido por la Sra.juez al considerar que al proteger nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vida desde su concepción no puede entenderse que la negativa de la demandada a suministrar a los amparistas los recursos necesarios para la realización del diagnóstico genético preimplantacional sea ostensiblemente arbitraria o ilegal. Por el contrario, se ajusta a derecho y no vulnera los términos de la relación contractual existente, no pudiendo por otra parte que en la audiencia celebrada a fs. 144 la demandada ofreció a los actores cubrir los gastos del tratamiento ICSI durante tres inten tos al cien por ciento el primero, al cincuenta el segundo y al veinticinco el tercero y que tal propuesta no fue aceptada por los actores.

En lo que hace al tema de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, debe tenerse presente que partiendo de la base que lo “ostensible” es lo que se presenta en forma clara, patente o manifiesta (“Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua española”, Ed. Espasa-Calpe S.A., 2a. edición, págs. 1100 y 1144), resulta aplicable el criterio de determinación seguido por la doctrina y jurisprudencia en referencia a la ley 16.986. La ilegalidad o la arbitrariedad son manifiesta cuando es palmaria, notoria, indudable.

Tengo para mí que un hecho, acción u omisión debe ser calificado como ostensible, cuando del simple examen de las pruebas producidas surja con evidencia y sin márgenes de dudas su contradicción con las normas generales aplicables o que resulta de la mera voluntad y capricho del sujeto contra quien se deduce la acción, excediendo el regular ejercicio del derecho.

En base a la conceptualización que debe hacerse de lo que lo ostensible es, le asiste entonces razón a la Sra. juez a-quo al considerar que la negativa atribuida a la demandada no pueden ser calificada como tales, pues se sustentan en definitiva sustentada en las leyes 23.849, 5919 de la Provincia de Mendoza y en el art. 4 , inc.1°, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Por lo demás, comparto también el criterio que entiende que a tenor de la normativa vigente el acto, omisión o actividad impugnado por vía de amparo debe ser palmariamente ilegítimo y tal circunstancia debe emerger – lo que en modo alguno se exhibe en el caso de autos – sin necesidad de prueba y debate detenidos y extensos, de donde si el caso versa sobre cuestiones fácticas complejas o jurídicas opinables, o reclama por su índole un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que éstos sean juzgados con sujeción a las normas legales establecidas al efecto”. Es por ello que además de considerar que no ha actuado la demandada con ostensible arbitrariedad o ilegalidad, no era el amparo el ámbito propio para discutir y resolver la pretensión deducida por los amparistas.

Por las razones dadas entiendo entonces que debe rechazarse el primer agravio expuesto por la parte actora.

III.- Que si bien ante la conclusión a la cual se arriba en el punto anterior carece de significación el segundo agravio expuesto y referido al costo del tratamiento, no pudo dejar de señalar que comparto el criterio sustentado por la parte apelante ya que no se ha probado en esta causa que el costo indicado en el presupuesto agregado a fs. 11 con más los gastos de medicación pedidos puedan producir un desfasaje económico en los fondos de O.S.E.P. de manera tal que pueda quedar resentida la prestación de sus servicios, habiendo señalado la única testigo que ha declarado en la causa que desconoce el valor del tratamiento (fs. 135 y vta.).

IV.- Que en conclusión, y a modo de resumen, por las razones dadas en los puntos precedentes considero que debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Drs. Martínez Ferreyra y Moureu señalan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR.RODRIGUEZ SAA DIJO:

Que dado el resultado al cual se arriba respecto a la primera cuestión tratada, corresponde que las costas del recurso de apelación estén a cargo de la parte apelante (art. 36 C.P.C.). Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Drs. Martínez Ferreyra y Moureu expresan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

MENDOZA, 18 de septiembre de 2.013.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, este Tribunal,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 180/189 por la parte actora contra la sentencia dictada a fs. 162/172.

II.- Imponer las costas de la alzada a la parte actora (art. 36 C.P.C.).

III.- Regular los honorarios de los Drs. Romina Costa Rodríguez y Mónica Leticia Delgado en las sumas de ($.) y ($.), respectivamente (arts. 3,10 y 15 L.A.).

NOTIFÍQUESE Y BAJEN.-

Dr. Adolfo RODRÍGUEZ SÁA

JUEZ DE CÁMARA

Dr Oscar Alberto MARTÍNEZ FERREYERA

JUEZ DE CÁMARA

Dra. Beatriz MOUREU

JUEZ DE CÁMARA