

Salta,

de noviembre de 2019

____Y **VISTOS**: Estos autos caratulados "**T. C., E. M.; T., J. I. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - Amparo**", **Expte. N° 657.460/19 de esta Sala Tercera** en trámite por ante el doctor Marcelo Ramón Domínguez, y_____

_____**RESULTANDO**_____

____D) A fs. 3/17 se presentan los señores E.M. T.C. y J.I.T, con el patrocinio letrado de la doctora Soledad Villoldo, promoviendo acción de amparo en contra el Instituto Provincial de Salud de Salta, a efectos que se le ordene todo lo conducente para la realización y cobertura integral al 100 % del costo de dos módulos que forman parte del tratamiento de fertilización in vitro, con material genético propio, crio- preservación, lo que incluye los gastos de medicación, prácticas, la cobertura de todas las consultas, los análisis, la estimulación y extracción de óvulos, su fecundación y toda otra erogación que sea necesaria para la preservación de su derecho a ser padres, con el objetivo de llevar adelante el mencionado procedimiento en la Clínica Saresa, en donde actualmente trabaja su médica tratante, doctora Mariana Rico, especialista en reproducción asistida. Seguidamente aclaran que *no está incluida en la cobertura pretendida la transferencia e intento de implementación de los mismos*. Invocan las prescripciones de la Constitución Nacional y, de manera puntual, la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13.

____En su exposición fáctica, la señora T.C. afirma que en el año 2010 residía por cuestiones laborales en la ciudad de Córdoba, estando afiliada a O.S.P.E., y que tuvo un episodio de peritonitis completa, a causa de la cual *se le extirpó el útero* (histerectomía). Si bien ello no afectó su capacidad ovárica, a principios del año 2018 tomaron la decisión con su cónyuge de ser padres, por lo que concurrieron a la Clínica Saresa en donde la doctora Rico le sugirió la conservación de sus óvulos debido al deterioro por el paso del tiempo, ante lo cual solicitaron al Instituto demandado en fecha 08/11/18 su cobertura,

reclamo que mereció una respuesta negativa en fecha 11/02/19, invocando la médica auditora que el Instituto se atenía a las normas vigentes, sin mencionarlas. Aluden que la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario tienen por fin garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, reparando que el artículo 8° del Decreto 956/13 establece que, quedan comprendidos en la cobertura prevista, 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 18 años que, aún 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. _____

_____ Ante su situación clínica, el demandado no aprobó su solicitud soslayando la legislación vigente y dejando de lado el espíritu de la Ley de Fertilización Nacional. Dado la escueta respuesta recibida, despachó la afiliada una carta documento intimándolo a brindar cobertura integral e inmediata de la primera y segunda etapa del tratamiento de reproducción humana asistida con material genético propio y criopreservación de embrión, *no así su transferencia*, dándosele la posibilidad de buscar alternativas y, al mismo tiempo, detener el deterioro de sus óvulos, ya que tiene quistes que disminuyen su capacidad reproductiva, bajándole la calidad de ellos. La inmediatez del tratamiento se evidencia en que el análisis anti-mullieriano es de 0,84 y su cuadro médico es progresivo, sumado a su edad -34 años- lo que evidencia la urgencia de realizar los tratamientos, sin dilaciones. Consigna que el Instituto recibió el requerimiento postal cursado sin brindar respuesta. _____

_____ Seguidamente, invocan los amparistas la normativa que estima viabiliza el reclamo judicial, con especial referencia a los tratados internacionales de derechos humanos que tienen rango constitucional (artículo 75 inciso 22), sosteniendo que fueron la base para la sanción y entrada en vigencia de la Ley 26.862 (publicada en el Boletín Oficial de fecha 25 de junio de 2013) y su Decreto Reglamentario 956/13 (publicado en el Boletín

Oficial del 23/07/13) reconociendo las directivas de la Organización Mundial de la Salud según la cual la infertilidad está reconocida como una enfermedad, dando la ley respuesta al debate instalado en la sociedad en torno a la posición del Estado como garante de acceso universal a los tratamientos médicos asistenciales de reproducción médicamente asistida, regulando sus beneficiarios y las coberturas de las prestaciones que cabe otorgar, abarcando de manera amplia a todas las personas mayores de edad, sin que se pueda instrumentar una discriminación o exclusión debida a la orientación sexual o estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. Recuerdan que el legislador estatuye, a su vez, que sus disposiciones son de orden público (artículo 10) y que la normativa resulta aplicable en todo el territorio nacional, habiéndose invitado a las provincias a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes. _____

_____ Singularizan en su referencia normativa, que el sector público de la salud, las entidades de medicina prepaga y aquellas que brinden atención al personal de las universidades, así como también los agentes que otorguen servicios médicos-asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que posean, están alcanzados por sus prescripciones, involucrando así a las mutuales, las cooperativas y las fundaciones. El marco legal que protege el derecho a la salud de su parte ha sido ratificado en variados pronunciamientos de la jurisprudencia, tanto local como nacional, e incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que –entienden- el Instituto demandado no tiene razones para incumplir la normativa vigente, lo que impone –a su entender- se mande hacer efectiva la cobertura reclamada. _____

_____ II) Requerido el informe circunstanciado de fs. 18, se apersona el doctor Federico Martín Bravo, apoderado del Instituto Provincial de Salud de Salta (ver certificación de fs. 105), brindando la respuesta de fs. 106/111 en donde manifiesta que la señora T.C. *no posee útero* de modo que lo que solicita está por ella separado en módulos, sólo hasta la consecución de embriones y la criopreservación. Expone que, a raíz del episodio que tuvo,

nunca podrán ser insertados en su cuerpo, sino que demandará a futuro la subrogación de vientre. Este simple hecho desnaturaliza el objetivo de la Ley 26.862. De todas maneras, advierten que no señalan el tiempo por el que peticionan la crioconservación y tampoco que, a futuro, solicitarán una subrogación de vientre, claramente prohibida en nuestra legislación, lo que le fuera comunicado en ocasión de la respuesta que se le dio a la carta documento remitida, en donde se puso énfasis que la gestación subrogada no está contemplada por la Ley 26.862. La práctica médica busca tratar la imposibilidad de procrear, pero no legisla respecto a la subrogación de vientres, por lo que se debe interpretar que el embarazo debe ser afrontado por la propia persona asistida por el tratamiento, sin perjuicio de los casos en que se requiera donación de gametos. Observa que, inclusive, la ley en su artículo 7, al expresar quiénes son beneficiarios, consigna que el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer y esto es lo que surge de cumplimiento imposible en el caso de marras. _____

_____ Seguidamente, repara en lo que la Organización Mundial de la Salud entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida, a saber, la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, las técnicas de reproducción asistida y la inseminación intra uterina, intra cervical, o intra vaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. Como se ve, *es parte esencial de la técnica la inseminación en el propio cuerpo de la mujer que la solicita* y esto lo ratifica el Decreto Reglamentario N° 956, de modo que claramente el conflicto radica en que la amparista, lo que quiere es que se le autorice judicialmente la cobertura de técnicas sólo para lograr embriones y crioconservarlos, *sin expresar por cuanto tiempo* y sin señalar que si o sí deberá lograr su implantación en una tercera mujer para poder conseguir el embarazo. _____

_____ Seguidamente, reseña que el 7 de octubre de 2014 se promulgó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015. Entre sus 2.671 artículos, en las áreas vinculadas al tema de la

subrogación de vientre o alquiler de vientre, dispone que la existencia de la persona comienza con su concepción (artículo 19); que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción (artículo 558). Dedicó el Capítulo 2 del Título V (artículo 566 y ss.) a las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, declarando cómo se determina la filiación en esos supuestos (artículo 569) y normando en el artículo 562 la voluntad procreacional como sigue: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.” _____

_____ Como puede observarse, el nuevo orden civil no hace referencia al tratamiento del instituto del alquiler de vientres, que sí se discutió en el Senado de la Nación, expresando la voluntad de excluir este tipo de práctica del Nuevo Código, modificando así el artículo 562. De este procedimiento se ha dicho lo siguiente: “la subrogación de útero se trata de una manifestación de voluntades donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona que desee tener un hijo y que no tenga posibilidad de llevar adelante el embarazo, por ejemplo un hombre, dos hombres, o en mujeres por ausencia del útero, por estar afectado o por riesgo de vida para llevar adelante el embarazo.” _____

_____ En Argentina, ni la Ley 26.862 ni el nuevo Código Civil y Comercial, mencionan la gestación por sustitución, como un tratamiento de reproducción humana asistida. Existieron proyectos para incorporar la maternidad subrogada al Nuevo Código Civil y Comercial, pero no se logró incluir este punto, por dilemas éticos y jurídicos. Si bien el nuevo Código contempla las técnicas de reproducción humana asistida, lo hace en el seno de la pareja, es decir con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer, y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, sin dudas deberá aparecer una tercera persona (ajena) que es quien gesta el embrión

crioconservado de la señora T.C.. El vacío legal –entonces- debe leerse como prohibición, ya que la temática fue objeto de debate abierto y plural, considerándose en relación con estudios de la doctrina extranjera que, lo relevante, es que se trata de una nueva forma de traer una persona al mundo de la que se desconocen aún sus riesgos, como los desórdenes psiquiátricos. A la par que merecería un apartado jurídico especial para proteger a los sujetos más débiles de la relación, dejando a salvo otros principios de jerarquía ética. A modo de conclusión, no existe una ley que reconozca expresamente la gestación por sustitución, como tampoco la previó el Código de Vélez. En el caso en cuestión, advierte el respondente que, sí o sí aparecerá una tercera persona, que es quien gestó el embrión crioconservado. _____

_____ Por último, debe tenerse en cuenta también la sanción de la Ley Provincial 7.964 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, reparando que la Ley 26.862 invitó a las provincias a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes y es en el marco de estas competencias no delegadas, que se habilitó al Instituto a nombrar la práctica, lo que hizo mediante Resolución N° 29-D/2014 que corresponden al tratamiento de fertilización médicamente asistida, las cuales tienen una cobertura del 80 % de parte del Instituto, siendo el 20 % restante a cargo del afiliado, en concepto de copago, o de la institución de coseguro respectiva que éste contrató. Pero, en cuanto a fraccionar las partes de la técnica (como pretende hacerlo la señora T.C.), reclamando sólo cobertura de prácticas y medicamentos para lograr estimulación ovárica para conseguir embriones y, a posteriori conservarlos, sin mención de que no pueden implantarse en su cuerpo, surge claro que la pretensión es improcedente y el rechazo de la acción de amparo interpuesta deviene manifiesto, toda vez que el Instituto, bajo ningún punto de vista, atenta en contra de los derechos de la actora, limitándose simplemente a cumplir con la ley vigente, todo lo cual consta en el expediente administrativo ofrecido como prueba. _____

_____III) A fs. 115/116 dictamina el señor Fiscal de Cámara y a fs. 117 se dispone la celebración de una audiencia, prorrogada a fs. 121, luego a fs. 127 y a fs.131. _____

_____A fs. 137/138 se concreta la audiencia dispuesta. En tal ocasión la señora T.C. expone que en el año 2013 sufrió una peritonitis, por lo que se le extrajo el útero, razón por la cual *no puede quedar embarazada*. A preguntas del Tribunal manifiesta que *una de las posibilidades es la subrogación de vientre* y que sus óvulos son óptimos. La doctora Villoldo expresa que su cliente tiene también como posibilidad el trasplante de útero a lo que replica la médica del Instituto que en nuestro país no existe tal práctica. Dice también que de los informes que obran en expediente administrativo la afiliada no se encuentra psicológicamente preparada. La amparista manifiesta que concurre a terapia todas las semanas porque es un requisito de la Clínica Saresa y que el modelo de consentimiento informado que tiene el establecimiento contempla varias alternativas, de las que los actores eligieron una. La doctora Benegas da cuenta que el Instituto cubre los tres módulos completos con la implantación en el útero y la actora que pide la vitrificación del embrión porque es la mejor manera posible y que el destino de este último pertenece a la esfera íntima de la pareja. Que el amparo persigue la cobertura de todos los módulos de alta complejidad, menos la implantación. La doctora Benegas expone que el informe psicológico es de suma importancia por el alto estrés que afecta a la persona. El doctor Ruiz de los Llanos sugiere que el Servicio de Psicología del Poder Judicial podría realizar un informe profesional. La doctora Benegas ratifica que se requiere una crioconservación de la que no se sabe el tiempo de duración ni el destino. Que existe un vacío legal. Que el Instituto no niega el pedido, sino que se requiere más certeza. La doctora Villoldo afirma que se sabe que, para las clínicas, la crioconservación es de un año y que no hay una ley sobre el destino de los embriones. Y que *si solicita la crioconservación es para tener un hijo, pidiendo la cobertura de los dos primeros módulos para que pueda planificar su vida dentro de su esfera íntima*. Que se están haciendo muchas suposiciones y que sólo piden lo que les corresponde como afiliados y

el respeto a la Ley de Reproducción. El doctor Ruiz de los Llanos pregunta si existe la persona sobre la que se va a implantar la carga genética *a lo que responde la actora que sí; que se trata de un familiar. Que no quieren que el Instituto cubra la gestación por sustitución.* El apoderado de la obra social considera conveniente que la señora arrime los informes médicos y profesionales que le están haciendo, ya que ante el vacío legal es menester munirse de todos los antecedentes, ya que la ley no habla de módulos estancos, sino que el objetivo es la implantación. A preguntas del Tribunal, la médica auditora solicita un informe psicológico evolutivo, expidiéndose en particular sobre las condiciones psicológicas de la amparista respecto de un eventual tratamiento de implantación de embriones y un informe de la médica tratante acerca del tiempo que requerirá la cobertura de la criopreservación, poniendo énfasis en las incidencias que conlleva el tema en cuanto a la filiación, la persona gestante y el significado de lo que es un embrión. _____

_____A fs. 139/159 se agrega el informe psicológico evolutivo de la señora T.C., los últimos estudios de laboratorio y el informe de la doctora Mariana Rico. _

_____A fs. 174 y dando respuesta al requerimiento de fs. 161, el Instituto Provincial de Salud de Salta, hace saber que su Coordinación Ejecutiva Prestacional ratificó el dictamen de fs. 114, no haciendo lugar a la solicitud de los amparistas, ya que la Resolución 029-D/14 expresamente excluye el tratamiento cuando la prosecución del embarazo requiere un vientre subrogante, situación que se presenta en la afiliada T.C., al tener realizada una histerectomía. _____

_____A fs. 180 se llaman autos para sentencia. _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ I) Dado que el presente guarda similitud con otros casos ya resueltos por el Suscripto y muy concretamente con “E., M.L; D., A. A. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta - Acción de amparo”, Expte. N° CAM 510.658/15 de esta Sala, sentencia de fecha 22/05/15; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2015 Def., f° 279/293; CApel. CC. Salta, Sala III t. 2017 Def., f° 303/318; CApel.

CC. Salta, Sala III t. 2018 Def., f° 173/187), transcribo a renglón seguido lo señalado en los precedentes, en orden a los lineamientos constitucionales a tener presente (en concreta alusión a los tratados internacionales sobre derechos humanos en juego en la materia, disposiciones legales -tanto nacionales como dictadas en nuestra Provincia- y normas reglamentarias, cuanto al criterio jurisprudencial y doctrinario que rige y prima en la materia._

_____II) *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 (artículo 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (artículo 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 (artículo 89 de la Carta Magna local)._____

_____ 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)._____

_____ III) *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), recalcó 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 1.985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su resguardo y protección surgen de varias normas de la Constitución Nacional, en particular de los artículos 41, 42, 75 incisos 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus artículos 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 en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, artículos 3 y 25 inciso 2º, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 incisos 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Federal dijo que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que fuera tutelado 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. CSJ Fallos, 324:754, del voto de los doctores 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 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 (artículo 1.198 del Código Civil –de Vélez, ha de entenderse-, artículos 4 y 5 de la Ley de Defensa del Consumidor y artículo 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” (CJS, Tomo 120:363) en donde -en lo que al 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, publicado en La Ley online).

_____ Se señaló al respecto que “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 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 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, 04-07-85, “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., Ed. 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., Ed. Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C- 8 808, ap. I; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1990, f° 389; id. id. t. 2002, f° 244, id. id. t. 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 artículo 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 (artículo 75 inc. 22)._____

_____ Debe considerarse 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 ha de 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 la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant (en su artículo *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 10 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 (artículo 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 (artículo 10), a la intimidad personal y familiar (artículo 17), a la libertad personal (artículo 19), a la protección de la familia (artículo 32), a la tutela de la infancia (artículo 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._____

_____IV) *Las acciones positivas – El rol del Poder Judicial:* 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, inciso 22 de la Constitución Nacional y 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 Diario La Ley, 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 (artículo 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 se consagre 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). _____*

_____ El máximo tribunal federal ha destacado que: “ 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 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 8º 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).__

_____ V) *El Instituto Provincial de Salud – Su rol: deberes y obligaciones:* Es dable tener prioritariamente en cuenta que 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 y Comercial establece para las personas jurídicas públicas (artículo 1º 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” (artículo 2º)._____

_____ 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 (artículo 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 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._____

_____VI) *La solidaridad contributiva*: Al respecto, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el máximo tribunal local desestimando tal planteo, que se recrea en el sub lite a fs. 110 vta.- con argumentos que resultan aplicables al caso y que por mérito de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Justicia Provincial se ha de seguir. Concretamente dijo: “que en referencia al agravio consistente en la alegada afectación del principio de solidaridad contributiva -en virtud del cual es necesario un uso proporcional y cuidadoso de los recursos con que cuenta la obra social para brindar el servicio de salud-, cabe señalar que la demandada no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. esta Corte, Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (esta Corte, Tomo 99:185; 146:973)”. Esta Corte sostuvo, añadió el Tribunal, “que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, págs. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso (cfr. Tomo 81:845; 114:903). Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de

eventuales conflictos de valores y de derechos -distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos-, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (cfr. esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando no se ofrecieron argumentos relevantes para desvirtuar este criterio. Sobre el particular es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido demostrar, que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero que la obra social debe gastar para cumplir con la sentencia judicial y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, menos aún que ello pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios” (CJS Tomo 182:323)._____

_____VII) *La jurisdicción supranacional – Sus implicancias en el derecho interno*: Ello sentado, me referiré a continuación de manera puntual al fallo del caso “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica” citado en su dictamen por el señor Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral a fs. 116 apartado VI) y a su incidencia en el derecho interno de nuestra Nación. 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 demandado. 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”, lo que 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, por la incidencia que la cuestión tiene, dados los diferentes ámbitos donde irradia sus efectos, la Corte Interamericana

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 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 que 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 la 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 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 corrientes que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a algún 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 Interamericana 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 estadio 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 Internacional entendió 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. Asimismo, sostuvo que la expresión en general permite inferir excepciones a

una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no habilita precisar el alcance de dichas franquicias._____

_____ 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 estos preceptos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos postulados normativos. 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 tutela 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 otorgar el estatus de persona al embrión (no implantado, agrego para aclarar aún más)._____

_____ En el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana se dice 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, para ser fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido ello, 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 ellas para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en supuestos 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 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, fue reportado en 1984 en Argentina. Desde entonces, más de “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 destacó 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. _____

_____ Considero oportuno entonces recordar la importancia de las acciones positivas y el rol que debe cumplir el Poder Judicial cuando la misma no es

realizada de manera integral por los otros poderes del estado, con lo cual se da respuesta a lo dicho por la demandada, en cuanto a la imposibilidad de cobertura del 100% de su parte, al reconocer sólo y de manera parcial, el 80% de las prácticas incluidas en el Nomenclador de Prestaciones._____

_____ Respecto de los derechos reproductivos, se indicó por la Corte Interamericana -y vuelvo al fallo en cita- 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 innecesarias y desproporcionadas 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.

_____ Las doctoras Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, bajo el 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 estaba 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

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 o personas 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.

VIII) *La vinculatoriedad de la decisión de la Corte Interamericana y la responsabilidad por su no cumplimiento de los Estados Partes. El marco normativo – La Ley 26.862:* La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso “Giroldi” (Fallos 318:514; L.L. 1995-D, 462), sentencia dictada el 7 de abril de 1995, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales expresiones se reiteraron en el caso “Bramajo” (Fallos 22 319:1840, L.L., 1996-E, 409) y en otros fallos ulteriores. Esta línea de pensamiento ha sido acentuada por el Alto Tribunal Federal, al expresar que la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, causa “Mesquida”, Fallos 329: 382).

En este contexto, *quedan sin sustento las afirmaciones de la accionada* respecto a que conforme lo establecido en la Ley N° 26.862, el Decreto Reglamentario N° 956/2013 y el Acta Acuerdo celebrada mediante Resolución N° 029-D/14, mediante el cual se incorpora al nomenclador del Instituto Provincial de Salud las prácticas correspondientes al Tratamiento de Fertilización Médicamente Asistida, *ellas sólo tienen una cobertura del 80% en el tratamiento y medicación quedando el 20% a cargo del afiliado*. Es que, si bien existe una imposición reglamentaria a la cual se hace referencia, se evidencia la configuración del acto arbitrario que torna procedente la vía del amparo, dado que la negación a la cobertura adoptada por el Instituto, violenta los derechos de los accionantes, quienes al no poder acceder plenamente a tales tratamiento, se ven privados de decidir respecto a su vida y la conformación de su familia, pero por sobre todo, la potestad de gozar en plenitud de su derecho a la salud, en la concepción adoptada por la Organización Mundial de la Salud, cuando dice que es un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica.

Por su parte, la ausencia de reglamentación institucional de algunos aspectos de las nuevas técnicas de reproducción y crioconservación de muestras, no puede constituir en un impedimento para el efectiva acceso de las prestaciones asistenciales necesarias para el pleno goce de los derechos en juego, teniendo en cuenta que los preceptos de la Ley 26.862 son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (cf. artículo 11).

En similar sentido se ha pronunciado la Cámara Federal de Córdoba, al decidir que no es óbice para viabilizar la operatividad de la fecundación in vitro requerida el hecho de que dicha prestación no esté contemplada en el vademécum del Programa Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede

ser considerado como un tope excluyente de toda otra prestación, sino de una base o piso prestacional, el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el Programa Médico Obligatorio (09/05/2012, in re “G.,N.R. vs. Galeno Argentina y otro – Amparo, citado por la Sala Segunda de esta Cámara en el precedente ya aludido)._____

_____ Hasta acá lo dicho en el precedente aludido de esta Sala, con las actualizaciones de doctrina que he realizado en el considerando anterior, pero cabe agregar que el Poder Ejecutivo de la Nación, en fecha 26 de junio de 2013, promulgó la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, al publicar en el Boletín Oficial el texto que aprobó el Congreso el 5 de junio de 2013. Ese día, la Cámara de Diputados de la Nación convirtió en ley el proyecto que incluye en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) los métodos de fertilización asistida, a los que se podrá acceder en los sistemas público y privado de salud, sin distinción de estado civil u orientación sexual.

_____ Es importante poner de resalto ciertos contenidos de la normativa. Así, el artículo 1 dice que: “La ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. A su vez, el artículo 2 de la Ley en cita prescribe que se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación. Y en el artículo 4 se dice: “Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, 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”, disponiendo el

artículo 5: “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.” _____

_____ Asimismo, en el artículo 6 inciso a) se manda al Ministerio de Salud de la Nación arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas, incluyendo como beneficiarios el artículo 7 a 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.” _____

_____ En orden a la cobertura, el artículo 8 dice que: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661,... las entidades de medicina prepaga,... así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e 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. 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.” _____

_____ Concluye disponiendo el artículo 10 que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, invitando a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes._____

_____ Luego del dictado del precedente que vengo citando, la Provincia de Salta sancionó la Ley 7.964 del 29 de Noviembre de 2016 (Boletín Oficial, 22 de Diciembre de 2016), disponiendo su artículo 1 que persigue regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de los efectores públicos, dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.), para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas, precisando el artículo 2 que a los efectos de la ley se entiende por técnicas de reproducción humana asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la generación y consecución de un embarazo. Asimismo, las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, las cuales deberán ser acreditadas científica y clínicamente, y no supongan riesgos graves para la salud física o psíquica de la persona o descendencia. Y el artículo 3 que las técnicas de reproducción humana asistida podrán ser aplicadas por los distintos efectores de salud cuando se recabe el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten, el cual deberá ser renovado cada vez que se recurra a dichas técnicas. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción. Para los casos de técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes del inicio de la inseminación. Para los casos de técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la transferencia embrionaria._____

_____ En el artículo 8 de manera expresa establece que queda incluida en la cobertura que realiza el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) para sus afiliados, las técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo

relativo al co-pago. Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro (4) intentos por año. Para las técnicas de alta complejidad, hasta tres (3) tratamientos en total, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos. Asimismo, no deberán transferirse más de dos (2) embriones por intentos. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. Las técnicas de reproducción humana asistida solo podrán ser aplicadas en los establecimientos habilitados por la Autoridad de Aplicación. Para el caso que en la técnica de reproducción humana asistida se requieran gametos donados, éstos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) del Ministerio de Salud de la Nación (artículos 8 y 9 de la Ley). Y el gasto que demande el cumplimiento de la Ley se imputará a las partidas correspondientes del Presupuesto General de la Provincia, ejercicio vigente (artículos 8, 9 y 10)._____

_____ IX) *La solución del caso*: Es oportuno tener presente que ha quedado inconcuso en la causa que la coactora E.M. T.C. *carece de útero* desde el año 2013 como consecuencia de una peritonitis que la afectó — histerectomía-, si bien ello no esterilizó su capacidad ovárica. También, que se encuentra *unida legalmente en matrimonio* con el coamparista J.I.T (ver partida de matrimonio glosada a fs. 28). De igual manera, que es *afiliada forzosa a la obra social demandada* (fs. 24), cuanto que la misma cuenta con los antecedentes médicos y clínicos, y que reclamaron al Instituto la cobertura del procedimiento para obtener embriones con material genético de los esposos y luego la crioconservación (nota de fs. 25 del mes de noviembre de 2018), obrando a fs. 35 y 46 el consentimiento informado en orden a la reproducción humana asistida con gametos de la propia pareja. _____

_____ Enfrenta a las partes el reclamo de los actores por cuanto el Instituto Provincial de Salud de Salta sostiene que la única posibilidad de gestación de la actora es la *subrogación de vientre*, ya que la señora T.C. no tiene útero, habiendo sostenido –en réplica– la doctora Soledad Villoldo que tiene su clienta, dentro de sus posibilidades, la alternativa de un trasplante de útero, aún cuando dicha práctica en nuestro país no se realiza, según lo expuesto por la médica auditora del Instituto. _____

_____ Ha sido clara la respuesta de la demandada en orden a que, ni el Código Civil y Comercial de la Nación, ni la ley nacional N° 26.862, ni su Decreto Reglamentario 956/13, ni la Ley Provincial N° 7.964, mencionan la gestación por sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida regulado y contemplado, por lo que el alquiler de vientre no está normado, no obstante la existencia de proyectos para su incorporación al nuevo Código Civil y Comercial, entendiendo que el debate se genera por dilemas éticos y jurídicos (fs. 109 in fine), para concluir *que el vacío legal debe leerse como prohibición* y ello lo ratificó la demanda a fs. 174 cuando, aportando el dictamen de la Coordinación Ejecutiva Prestacional de fs. 171, se ratifica la no cobertura de la práctica requerida en base a lo dispuesto por la Resolución N° 029-D/14. _____

_____ En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, con arreglo a lo dispuesto en su primer artículo, la Ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicos asistenciales de reproducción médicamente asistida, entendiéndose por tales los realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (artículo 2 de la norma). La norma además, pone a cargo de un vasto número de agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médicos asistenciales, más allá de la figura jurídica que tengan, la cobertura integral e 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 evolución, las técnicas de reproducción asistida 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 e incluye en el Programa Médico Obligatorio estos procedimientos, así como los de diagnósticos, medicamentos y terapias de apoyo con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación. _____

_____Decidió la Corte Federal en reciente fallo (CSJ, Tomo 341:929, sentencia del 14 de agosto del 2018) suscripto por la totalidad de los actuales integrantes del Tribunal (con disidencia del doctor Rosenkrantz) que los postulados normativos “son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida”. Más, en tal ocasión también destacó el Tribunal que: “El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (artículo 2, último párrafo de la ley)”. _____

_____En un interesante pronunciamiento de la Sala I del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (cita on line: AR/JUR/100418/217), del 31 de octubre de 2017, se sostuvo que la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Interesa destacar que la actora había interpuesto acción de amparo a fin de que la obra social le cubra un tratamiento de reproducción asistida mediante la implantación de un embrión crioconservado, luego de que tras un primer intento fallido, falleció la pareja de la accionante y ésta volvió a efectuar el pedido para efectuar un segundo, el cual es denegado por la obra social por la ausencia del consentimiento informado, libre y previo a esta nueva práctica por parte del señor O.A.C. El Tribunal reparó en primer término en lo dicho

por Jorge Llambías en su *Tratado de Derecho Civil-Parte General* 5ª Ed., Ed. Perrot, pág. 118, en cuanto que el resultado de la interpretación es un elemento de la hermenéutica de enorme valor. No se trata, desde luego, de definir siempre la inteligencia de la norma por el mejor resultado que espera obtener de ella el intérprete, pero en ocasiones esa finalidad no será compatible con la verdad de la norma. Y citándolo a Sagües en su obra *Derecho Procesal Constitucional* y a la Corte Federal (Fallos 308:975), consigna que, dentro del subtipo interpretación arbitraria-inexacta, se encuentra la variable infiel que se da cuando el exégeta realiza una interpretación literal de la norma, posponiendo o ignorando la finalidad de ello, de modo tal que así se frustra el objetivo perseguido por el precepto o institución en cuestión. En resumen, para no ser arbitraria, la interpretación debe ser finalista, tratando de no perjudicar las metas y objetivos del legislador. No debe perderse de vista que la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia en íntima conexión con el derecho a la salud. Y también, que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médicos asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana. Por otra parte, *la Ley 26.862 también se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos*, ello en tiempo de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa (Considerandos del Decreto 953/2013). _____

_____Ello sentado, es oportuno señalar que la obra social demandada insiste en la resistencia a la cobertura de la práctica entendiendo que el caso no tiene regulación legal específica, aludiendo –con acierto- a las discusiones que se generaron respecto al tema de la sustitución de vientre, pero no puede negar que aristas tales como la filiación exceden el marco de la pretensión de este amparo, dado que aquí no se discute el emplazamiento filial, sino si a la demandada le corresponde cubrir o no el tratamiento de fertilización in vitro,

con material genético propio de los esposos y la criopreservación de los embriones, entendiendo que a hoy, la realidad es que la coactora no tiene útero y que la única forma de su evolución sería mediante su implantación en un vientre sustituto (gestación por sustitución). _____

_____ Por otra parte, dado que el propio Instituto ha requerido informe psicológico en ocasión de la audiencia celebrada el día 10 de junio, el 12 de junio la Clínica Saresa hace saber, por una parte, que el acto quirúrgico que se le realizó a la paciente como consecuencia de la peritonitis que padeciera, es el de la extracción del útero, no así las trompas y ovarios. Que en los estudios realizados para evaluar su reserva orgánica, se evidenció que se encuentra algo disminuida, considerando también que se trata de una paciente de 34 años y que se considera edad reproductiva avanzada a personas mayores de 35 años. Por otra parte, a fs. 140/143 se aportaron estudios de sangre que aluden a valores hormonales, anticuerpos y examen citoscópico, entre otros. Asimismo, el informe de la licenciada en Psicología Natalia Aramayo de fs. 148/159 consigna que la coactora, en las varias entrevistas celebradas, se mostró como una persona predispuesta y responsable que pudo transmitir sus pensamientos e ideas de modo correcto, generando un espacio de reflexión sobre las diversas temáticas planteadas. Que al momento de las entrevistas no se presentaron temores o fantasías que pudieran obstaculizar el proceso de criopreservación de embriones. Que tiene claridad y comprende que a partir de la transferencia de un embrión a una mujer denominada gestante, sin aportar su material genético, llevará adelante, en caso de que se produzca, un embarazo (textual de fs. 152). Respecto del señor T. observó estabilidad en su conducta, criterio y juicio de la realidad, acorde a lo esperado, no se evidenciaron perturbaciones en la concentración, memoria y en la atención y se mostró interesado en recibir información sobre las particularidades médicas, psicológicas y legales del proceso de gestación por sustitución. En cuanto a la pareja, consigna que se encuentran unidos desde hace once años, que se casaron por civil en 2011 y por iglesia en 2014. Que *el estado emocional de ambos está consolidado*. Que no tienen hijos y que consideran al proceso de gestación por sustitución *como*

una oportunidad para ser padres. La señora dio cuenta del apoyo de su mejor amiga como posible gestante y de sus sobrinas. Expresó también que creía que el trámite iba a ser más sencillo y que quieren hacer las cosas bien, conociendo los aspectos legales porque a tenor de lo que dice él, tener un hijo biológico les da mucha alegría, más allá de las etapas que deben atravesar, para concluir la profesional señalando que *no hay ningún indicador psicopatológico* que le impida conocer y comprender las particularidades del proceso de gestación por sustitución. _____

_____ En un reciente artículo titulado “*El trasplante de útero. Proyecciones jurídicas de una nueva forma de acceder a la parentalidad*” Ayelén Zuccarini (publicación de La Ley 03/10/2019, 1) expone que la ampliación de métodos o vías conducentes a la concreción de un derecho humano tan trascendental y significativo como el derecho a la conformación familiar debe encontrar respuestas tan ágiles como prudentes en el ámbito jurídico que permitan que cada persona pueda inclinarse por la alternativa que mejor se ajuste a sus convicciones personales y plan vital, conjugadas con el criterio de los profesionales de la salud intervinientes. El desarrollo científico y tecnológico presenta en los días que corren su más destacada novedad en el área de la medicina reproductiva: el *trasplante uterino* que combina técnicas de reproducción humana asistida, con técnicas propias del trasplante, a través del cual una persona con aparato reproductor femenino e imposibilitada de llevar adelante el proceso gestacional, recibe de otra un útero sano con la finalidad de lograr el embarazo de un niño o niña. Una práctica médica que, digna de ser plasmada en libros de ciencia ficción en tiempos no muy lejanos, hoy irrumpe como una realidad que inaugura otro flamante capítulo en la historia del progreso de la ciencia. Dice la autora en cita que, a la vez que confirma las expectativas en torno al potencial de la medicina, el hecho de que una persona pueda gestar en un útero donado también pone en jaque al derecho, pues lo corre de su eje, lo interroga, y, una vez más, lo obliga a indagar sobre aspectos o cuestiones impensadas en otras épocas y que no parecen encajar cómodamente en los márgenes legales vigentes. _____

_____ Si bien se trata de una práctica no aplicada en nuestro país, y ello ha sido puesto de resalto en ocasión de la audiencia de fs. 137/138, lo cierto es que cuando la actora manifestó tal alternativa como una de sus posibilidades a futuro, la médica auditora del Instituto fue clara en señalar que el transplante de útero no existe pero, como vimos, nada obsta que a futuro pueda darse, más allá de los debates que se han generado en los congresos realizados en donde se abordaron temáticas tales como su realización con donantes vivas y cadavéricas, inmunosupresión, aspectos jurídicos y dimensión psicológica, reparando la doctora Zuccarini que en el año 2016 la Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva junto al Servicio de Ginecología del Hospital Italiano dieron el puntapié inicial, de suerte tal que su posible realización a mediano plazo no puede ser considerada una utopía. _____

_____ El comienzo de la aplicación de esta técnica a nivel nacional también es un enigma, aunque ya en 2011, cuando comenzó a trabajarse en la modificación del Código Civil y Comercial, algunos sectores habían expresado sin suerte la necesidad de que se la regulara, con lo que podría inferirse que su historia en nuestro país es bastante más larga de lo que parece.

_____ Marisa Herrera (*La gestación por sustitución como una TRHA. La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar*, publicado en www.infojus.gov.ar Infojus Id SAIJ: DACF140902, del 29 de diciembre de 2014 expone que “Esta institución ha sido quitada del Anteproyecto también al pasar por la Cámara de Senadores. Claramente, era la figura más controvertida dentro del ámbito álgido de las TRHA. ¿Por qué el Anteproyecto se animó a dar el debate sobre una institución que aún genera resistencias y ciertos dilemas? Por aplicación del principio de realidad y porque no se quería elaborar una legislación hipócrita que desconozca lo que acontece en la realidad social, a tal punto que durante su debate se dictaron dos fallos de casos de gestación por sustitución nacionales. De manera harto sintética, se puede advertir que en ambos fallos la plataforma fáctica era similar: un matrimonio heterosexual que con el material genético de ambos conforman embriones que son transferidos en una mujer,

quien da a luz un niño que es criado por el matrimonio comitente. El primero de los casos en orden temporal ascendente es el de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos, del 14/04/2010, en el que el niño había sido inscripto como hijo de la gestante y el matrimonio planteó una acción de impugnación de dicha determinación legal para que pase a ostentar vínculo filial con ambos miembros del matrimonio. Recién el 19/11/2013 -más de 3 años después- se resuelve la cuestión de fondo. En los considerandos de la sentencia se exponen varios argumentos, entre los cuales destacamos: ... adhiriendo el suscripto a la postura doctrinaria más amplia en cuanto a la admisibilidad y tratamiento de la figura llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución", entiendo que no habrá de rechazarse la petición aquí impetrada, ello así porque negar situaciones y/o metodologías que se implementan desde hace ya varios años en el medio social sería una negación banal, porque en nada solucionaría los problemas de los justiciables que recurren a esta instancia ante el vacío legislativo existente. Agregándose: "... entiendo el suscripto que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el *interés superior del niño* –la cursiva me pertenece- respecto del derecho a la identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la voluntad procreacional". De este modo, se hizo lugar a la demanda, decretando la impugnación de la filiación materna de la mujer gestante y emplazando al niño en la filiación matrimonial con los actores. El segundo caso es del 18/06/2013, sentenciado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 de la Capital Federal. Aquí también una amiga de un matrimonio de diverso sexo decidió llevar el embarazo de un niño que se gestó con el material genético de la pareja. A diferencia del anterior, en este caso no se llegó a inscribir al niño como hijo de la gestante ya que fue judicializado antes de que ello ocurra, por lo cual, se trataba de una persona que carecía de inscripción con las consecuencias negativas que se deriva de ello. La Jueza hizo lugar a la petición de inscripción a nombre del matrimonio fundado en la reiterada "voluntad

procreacional", la identidad genética, ya que el embrión se había formado con el material de ambos miembros del matrimonio, la falta de una regulación que deniegue de manera expresa este tipo de técnicas y el Proyecto de Reforma del Código Civil que, para la época de dictar sentencia, todavía tenía en su texto proyectado la regulación expresa de esta figura. De manera más reciente, una nota periodística cuenta la historia de unos mellizos nacidos gestados por su tía, hermana de quien aportó el material genético y también tiene la voluntad procreacional, y quien cuida a estos niños a la espera de que la justicia resuelva su situación filial. En definitiva, la disyuntiva a la cual se enfrentaban los redactores del Anteproyecto y el equipo de trabajo que colaboró consistía en: *prohibir, silenciar o regular*. Se decidió por la última: regular; al entender que este es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer gesticione para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición, expresa claramente, no pueden evitar que ello suceda, y esta realidad se la observa fácilmente con el caos ya sintetizado y algunos otros que están tramitando ante la justicia. La falta de regulación produce un manto de incertidumbre y oscurantismo que termina por generar más conflictos y contradicciones que se evitarían mediante una regulación precisa. Este contexto es proclive a los abusos de todas los intervinientes y, en especial, a la violación del niño que efectivamente nace de un vientre de una persona diferente a quienes tienen la voluntad de ser padres; situación que puede verse disminuida considerablemente o si se cuenta con una normativa que brinde reglas claras y previsibles. ¿Qué espacio de escucha tienen hoy las mujeres que se prestan a gestar para otros? ¿En qué contextos toman la decisión de llevar adelante un embarazo? ¿Saben lo que implica gestar para otros? ¿Qué incidencia tiene en la interacción gestante-comitentes el que se carezca de una regulación específica sobre el tema y se deba apelar a ciertas maniobras legales y otras ilegales para que el niño, cuando nazca, pueda quedarse con quienes quieren ser padres? En la práctica, como el principio rector para la determinación de la maternidad es que la madre jurídica es aquella que da a

luz, se suele incurrir en un delito como lo es la inscripción como propio de un hijo ajeno; o a otras vías legales pero bien complejas como ha acontecido en la jurisprudencia. Nos referimos a un caso en el que una mujer es inseminada con embriones formados con material genético de un matrimonio. La mujer da a luz y la maternidad queda determinada con la gestante. Ni bien le dan el alta, ella le entrega el niño al matrimonio, ya que no solo no quiere saber nada con ese niño, sino que además no los une ningún lazo genético. Al tiempo, la mujer del matrimonio inicia una acción tendiente a impugnar la maternidad de quien dio a luz, solicitándose que se haga un estudio de ADN para mostrar que el niño no tiene ningún vínculo genético con la gestante, sino con ella y su marido. Además, alegó que el niño desde que nació vive con ellos y que su mejor interés reside en que siga siendo criado por el matrimonio con quien lo unen lazos genéticos, afectivos y, además, son quienes tuvieron la "voluntad procreacional". ¿Qué decidir? Si bien la justicia aún no se ha expedido sobre el fondo, lo cierto que el niño hace ya casi tres años que sigue viviendo y reafirmando su identidad con el matrimonio que siempre ha exteriorizado su voluntad de ser padres y que, a la vez, ha aportado su material genético. Es decir, confluyen en ellos la identidad estática como dinámica. La regulación que se proyecta reconocía la complejidad que esta técnica encierra, por ello era el único supuesto de TRHA que exigía, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico podía proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorizara tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. _____

____ Por último, y tal como lo expone el señor Agente Fiscal a fs. 115/116, la cobertura de la crioconservación de embriones está prevista expresamente en el artículo 2° del Decreto Reglamentario 956/13 y “esta sola razón basta para condenar a la obra social a cubrir el procedimiento. Ello, tomando en cuenta que el mencionado artículo no establece requisito alguno, límites, ni topes a la cobertura. En el caso de autos, tomando en consideración los antecedentes y la patología de la amparista, evidenciados en la documental acompañada, rechazar la crioconservación vedaría toda posibilidad de ejercer

el derecho a formar una familia.” –textual- . _____

_____ La criopreservación se dispondrá por un lapso no menor de 24 meses, teniendo para ello en cuenta lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Y,M.V. y otro vs. IOSE s/amparo de salud” ya citada (Fallos 341:929), en donde el voto mayoritario sostuvo que la cobertura de la criopreservación de embriones a cargo de los prestadores de servicios de salud debe atender al pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva, calificando -en ese entendimiento- de exiguo el plazo de 18 meses que se había fijado y, también por ese motivo, descalificando la sentencia que revisara. _____

_____ Es suma, si bien he realizado un abordaje integral de la temática, para poner de resalto las múltiples aristas que están en juego, desde la cuestión ética a los posibles conflictos jurídicos que se pueden generar, aún con regulación legal expresa, lo cierto es que hoy no nos podemos anticipar. Es tal cual lo señalara el doctor Ramiro Michel Cullen en su dictamen. Debemos atenernos a lo que los actores han reclamado y no hacer futurología. Lo que la jurisdicción debe resolver es la cobertura pretendida que pretende concretar un plan de vida familiar que el matrimonio T.-T.C. se ha trazado. Y se trata de un proyecto que ellos vienen madurando desde hace varios años y que es fruto de una convicción personal concreta y firme: *su voluntad de ser padres biológicos de un/a niño/niña* a partir de los avances científicos que le permiten cristalizar esa decisión de vida, acudiendo a una técnica que está a su alcance; que está contemplada en la legislación vigente y que –por ende- la obra social debe cubrir, porque así lo prescribe la misma. Ni más, ni menos. _

_____ X) Las *costas* se imponen a la obra social demandada, puesto que si bien pudo haber entendido que el vacío normativo coadyuvaba su negativa a brindar originariamente la cobertura pretendida, la rica secuela procesal de la causa, no obstante su breve lapso temporal de tramitación, ha permitido advertir una serie de circunstancias e incidencias que debieron ser asumidas y dejar de lado su rechazo al reclamo, que se mantuvo hasta el final de la causa. Es, en tal caso, la parte vencida en el proceso, en el sentir del artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ El principio general consagrado en materia de costas por el primer párrafo del dispositivo citado, es de que éstas serán a cargo de la parte vencida, debiendo señalarse que su imposición no mira a la conducta subjetiva de los litigantes sino -con criterio objetivo- atiende a la necesaria reparación de los gastos que *el vencedor ha debido efectuar* para el reconocimiento de sus derechos. En otras palabras, las costas son corolario del vencimiento y no se imponen como una sanción, sino con la finalidad de satisfacer las erogaciones realizadas por quien se vio compelido a recurrir a juicio (CApel.CC Salta, Sala III, Fallos Año 1993, f° 670). La condena en costas no configura una sanción impuesta por la buena o mala fe, temeridad, malicia o culpa del vencido en juicio, desde que sólo se trata de un efecto natural del progreso o nó de la pretensión intentada para obtener la declaración o reconocimiento de un derecho. (CApel.CC. Salta, Sala IV, año 1983, f° 291; id. id. Año 1984, f° 223).- _____

_____ Se dijo, asimismo, que la falta de éxito en la posición jurídica que se asumió en el pleito, hace surgir la necesidad de resguardar íntegramente el derecho que se reconoce al vencedor, quien -como regla- ha de salir incólume de la contienda (CNCom. Sala E, ED, 146-461).- _____

_____ Si bien nuestro ordenamiento procesal prevé excepciones al principio de la derrota, facultando a los jueces a eximir de costas al vencido, dicha facultad es excepcional y de interpretación restrictiva, debiendo ejercitarse cuando de las constancias del caso surjan elementos de mérito que hagan manifiestamente injusta la imposición al perdedor (art. 67°, segundo párrafo del C.P.C.C.), o cuando concurren las circunstancias específicamente contempladas por la ley (arts. 70° de dicho ordenamiento). Ello, en razón que debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho, se convierta en daño de quien se ve constreñido a defenderse en juicio (C.J. Salta, Año 1990, Libro 41, segunda parte, f° 2617/2629; CNCiv., Sala A, ED 69-390; íd, íd. LL 1983-B-92; íd. Sala B, ED 114-68, n° 161; íd. Sala F, ED, 91-708; íd. Sala D, LL, 1978-B-705, n° 3164 y ED, 74-215; íd.

Sala G, LL, 1984-B-283; Capel.CC. Salta, Sala III, 15-6-05m “Sulca vs. Obeid”, n° 130257, tomo año 2005, f° 633)._____

_____ Por ello, _____

_____ **F A L L O** _____

_____ I) **HACIENDO LUGAR** a la acción de amparo planteada a fs. 3/16 por los señores E.M. Tito Calizaza y Jorge Ignacio Tapa, por sus derechos, y con el patrocinio letrado de la doctora Soledad Villoldo. En su mérito, **CONDENANDO** al Instituto Provincial de Salud de Salta a que de manera inmediata arbitre lo conducente para la realización y cobertura al 100% de su costo de dos módulos que forman parte del tratamiento FIV (Fecundación in vitro), con material genético propio de los amparistas, incluyendo honorarios médicos, análisis, estimulación, extracción de óvulos, fecundación y crioconservación del embrión por un lapso de hasta 24 meses, según requerimiento de su médica tratante. Todo bajo legal apercibimiento y de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a los amparistas, como de las consecuencias penales correspondientes. **CON COSTAS.**_____

_____ II) **REGULANDO** los honorarios profesionales de la doctora Soledad Villoldo en la suma de \$ 37.750 (pesos treinta y siete mil setecientos cincuenta), en su carácter de letrada patrocinante de los actores. _____

_____ III) **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **CÚMPLASE.** _____